



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

**LA JUDICIALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA EN
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO A PARTIR DEL DERECHO
COMPARADO CON ESPAÑA**

SERGIO LUIS MONDRAGÓN DUARTE

DIRECTOR/TUTOR DE TESIS

MARTA FRANCH SAGUER

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO Y CIENCIAS HISTÓRICO JURÍDICAS

DOCTORADO EN SEGURIDAD HUMANA Y DERECHO GLOBAL

CERDANYOLA DEL VALLÉS

2021

Contenido

Introducción	1
Capítulo I.....	17
Principios que regulan la potestad administrativa disciplinara en Colombia y España	17
Introducción	17
1.1. Principios Generales de la Potestad Administrativa Disciplinaria en Colombia.....	17
1.1.1 Legalidad.....	19
1.1.2 Proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria	25
1.1.3 Igualdad.....	27
1.1.4 Favorabilidad	32
1.1.5 Ilícitud sustancial.....	37
1.1.6 Culpabilidad	40
1.1.7 Debido proceso.....	43
1.1.8 Investigación integral.....	46
1.1.9 Presunción de inocencia.....	47
1.1.10 Derecho a la defensa	50
1.1.11 Cosa juzgada disciplinaria.....	52
1.1.12 Gratuidad de la actuación disciplinaria	54
1.1.13 Celeridad de la actuación disciplinaria.....	56
1.1.14 Motivación	58
1.1.15 Congruencia.....	61
1.1.16 Cláusula de exclusión	63
1.2 Principios Generales de la Potestad Administrativa Disciplinaria en España	67
1.2.1 Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones	70
1.2.2 Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor	76
1.2.3 Proporcionalidad tanto en la clasificación de las infracciones y sanciones como a su imposición.....	79
1.2.4 Principio de culpabilidad	82
1.2.5 Presunción de inocencia.....	85

1.3 Reflexiones finales de capítulo	88
Capítulo II.....	90
Estructura Actual del Derecho Administrativo Disciplinario en Colombia y su análisis en el Derecho Comparado con España.....	90
Introducción	90
2.1. Fundamentación dogmática del Derecho Disciplinario como Rama Autónoma e Independiente del Derecho en Colombia	92
2.1.1 La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario como criterio o fundamento diferenciador de otras ramas del derecho	96
2.1.2 El Derecho Disciplinario como forma de relación de especial sujeción con el Estado	100
2.2 Fundamentos de la Potestad Sancionadora en España.....	104
2.2.1 Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario en España	105
2.2.2 Relación de Sujeción Especial entre los Funcionarios Públicos y las Autoridades Estatales en el Derecho Disciplinario Español	108
2.3 Reflexiones finales de capítulo.....	113
Capítulo III.....	122
Ejercicio de la Potestad Administrativa Disciplinaria en Colombia y España.....	122
Introducción	122
a) Potestad Administrativa Disciplinaria en Colombia.....	123
3.1 La competencia para investigar y sancionar faltas disciplinarias en el ordenamiento jurídico colombiano	123
3.2 El procedimiento disciplinario en Colombia	133
b) Potestad Administrativa Disciplinaria en España	151
3.3 La competencia para investigar y sancionar faltas disciplinarias en el ordenamiento jurídico español.....	151
3.3.1 Consideraciones Especiales para la Competencia Disciplinaria en Comunidades Autónomas	163
3.4 Estructura del Procedimiento Administrativo Disciplinario en España.....	165
3.4.1 Procedimiento Disciplinario en España	167
3.5 Consideraciones finales del capítulo.....	174
Capítulo IV	181
Control Judicial de Fallos Disciplinarios proferidos en Colombia y España	181
Introducción	181

4.1. Desarrollo del Principio del Juez Natural a nivel nacional e internacional	182
4.1.1 Del principio del juez natural en materia constitucional colombiana ...	182
4.1.2 Del principio del juez natural en el contexto del derecho constitucional comparado	184
4.1.3 Del principio del juez natural en materia disciplinaria	185
4.2 La doble instancia administrativa y jurisdiccional en el Derecho Disciplinario Colombiano.....	189
4.2.1 El concepto de la doble instancia en el contexto nacional e internacional	189
4.2.2 De la doble instancia en el derecho administrativo colombiano.....	194
4.2.3 De la doble instancia disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano, conforme a la ley 734 de 2002	197
4.3. Control de legalidad a fallos disciplinarios en los ordenamientos jurídicos colombiano y español	205
4.3.1 Del debido proceso en el derecho administrativo disciplinario	205
4.3.2. Del control de legalidad a fallos disciplinarios en Colombia.....	206
4.3.3 Control judicial a fallos proferidos por autoridades disciplinarias en España	223
4.4. Consideraciones finales de capítulo	245
Capítulo V	250
La Judicialización de la Función Administrativa Disciplinaria en Colombia	250
Introducción	250
5.1 Análisis de las arbitrariedades administrativas y su mitigación desde el garantismo judicial en Colombia	250
5.1.1 Las arbitrariedades administrativas en general.....	250
5.1.2 De la arbitrariedad administrativa en materia disciplinaria	253
5.2 Problemáticas en torno al sistema de la función administrativa disciplinaria actual en el ordenamiento jurídico colombiano, de cara a su judicialización parcial o plena.....	257
5.3 Propuestas de judicialización de la función administrativa disciplinaria en Colombia.....	272
5.4 Reflexiones finales de capítulo.....	290
Conclusiones finales	297
Referencias.....	305

Introducción

En Colombia la Ley 734 de 2002 más conocida como el Código Disciplinario Único, en desarrollo de lo preceptuado por el Numeral 6 del Artículo 277 de la Constitución Política de 1991, dispuso en su Artículo 2° que el poder preferente para adelantar investigaciones disciplinarias se encontraría radicado en la Procuraduría General de la Nación, sin perjuicio de la facultad con la que cuentan otras entidades para ejercerla directamente. Sin embargo, en uno u otro caso, las decisiones proferidas por estas entidades pueden ser objeto de control judicial, por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, regulado por el Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Tal control de legalidad en principio solo podía llevarse a cabo de manera formal, bajo las causales de nulidad contempladas en el Artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, como son la expedición del acto administrativo con: “infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió” (Mora Caicedo, 2011, p 178), pues la posición jurisprudencial sentada en sus inicios al respecto por el Consejo de Estado (1997) indicaba que la revisión realizada a dichos actos administrativos en sede judicial era de legalidad, mas no de corrección o de cuestionamiento probatorio; con lo cual era inviable adelantar el mismo sobre cuestiones debatidas en las instancias disciplinarias agotadas, pues admitir lo contrario conllevaría abrir nuevamente un conflicto probatorio en torno a una discusión que ya había sido resuelta dentro del proceso disciplinario. No obstante, a

partir de pronunciamientos emanados por la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir del año 2013, dicho control es pleno e integral, bajo el argumento de existir un mero alcance administrativo en las decisiones adoptadas por los órganos disciplinarios, lo cual le permite a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ejercer su potestad judicial para estudiar de fondo el contenido de dichos actos.

En relación con lo expuesto anteriormente, se tiene que la jurisprudencia del Consejo de Estado (2004-5678,2010) había sido enfática en reiterar que el control judicial promovido en relación con los actos administrativos sancionadores contaba con limitaciones y restricciones, originados en la adopción de un criterio meramente formal que concebía la revisión sustancial o material de dichas decisiones como una tercera instancia. Es así como en Sentencia del 03 de septiembre de 2009 esta Corporación expresó: “De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias” (Consejo de Estado, 2005-00113, 2009). Esta situación permitía entrever que, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sólo se podía realizar un debate de forma al momento de controvertir la decisión que profirió el órgano de control, mas no de fondo.

De esta forma, el estudio emanado del contenido del acto administrativo sancionador debía quedar desprovisto de cualquier análisis de fondo, en relación con la exclusión del debate probatorio, salvo que por transgresión al debido proceso disciplinario se atentara contra el ejercicio del derecho de contradicción y/o defensa, tal

y como lo expuso en máximo operador judicial en materia de lo contencioso administrativo:

Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara. Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad (Consejo de Estado, 2004-5678, 2010).

En ese sentido para dicho órgano judicial la posibilidad que tenía la misma jurisdicción de lo contencioso administrativo de entrar a efectuar un estudio de fondo a las decisiones proferidas por los órganos disciplinarios, en especial a la expedidas por la Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas, quedaba relegada a un simple abordaje de forma, toda vez que el ejercicio de la potestad disciplinaria en sí misma sólo le había sido confiada estrictamente a tales órganos de control mas no a la autoridad judicial.

Así pues, el Consejo de Estado en ese mismo año señaló que el control judicial del poder correccional adelantado por la Procuraduría General de la Nación no podía

corresponder a una tercera instancia que procediera a escudriñar asuntos atinentes a la controversia propiamente dicha, sino un medio de control de legalidad orientado o dirigido a esclarecer hechos lesivos de “los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si la producción y la valoración de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la ley” (Consejo de Estado, 2004-5678, 2010), el cual tiene su origen en la inconformidad planteada por el sancionado para obtener la revocatoria del fallo disciplinario a través de este instrumento judicial.

En lo que concierne a la misma posición, este órgano judicial agregó que en materia de control de legalidad a los actos administrativos sancionatorios la actividad se circunscribía a un trámite correccional encaminado a verificar el cumplimiento de las garantías procesales mínimas con que debió contar el proceso disciplinario, razón por la cual:

Es propio de la actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional. Por ello, cuando el asunto se traslada y emerge el momento del control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario. (Consejo de Estado, 2008-00072, 2011)

Sin embargo, en torno a este tema, el mismo Consejo de Estado varió su posición jurisprudencial claramente a comienzos del año 2013 (2011-00115, 2013), cuando en reiteradas decisiones judiciales sostuvo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo podía llevar a cabo control pleno e integral a los fallos disciplinarios

proferidos por la Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas, dado el simple alcance administrativo que revisten los mismos.

En ese orden de ideas se tiene que este Alto Tribunal en Sentencia emanada el 11 de julio del 2013 (Consejo de Estado, 2011-00122, 2013) con Ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, manifestó la ausencia de limitaciones por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para realizar un control tanto constitucional como legal, de fondo, a los actos administrativos sancionadores expedidos por los órganos de control, debido a que el mismo texto legal – Ley 1437 de 2011- le confiere las potestades jurisdiccionales requeridas para estudiar de forma plena e integral estos asuntos.

De esta manera, también asevera dicho contenido jurisprudencial que el estudio realizado por el Consejo de Estado a las decisiones disciplinarias emitidas por la Procuraduría General de la Nación, no implica trasladar el debate probatorio a una tercera instancia, por cuanto cada etapa tanto judicial como administrativa goza de formalidades propias que dan por concluido un procedimiento; e igualmente, para el caso en concreto es evidente el no desconocimiento del alcance de la función jurisdiccional o judicial con que cuentan los jueces administrativos, a diferencia de la mera función administrativa disciplinaria radicada constitucionalmente en cabeza de dicho órgano de control, que le permite desvirtuar la presunción de legalidad sobre la cual se encuentran cimentadas las decisiones evocadas por éste último.

Así mismo, estos argumentos también fueron esbozados en Sentencia del 21 de noviembre de 2013 (Consejo de Estado, 2011-00190, 2013) proferida por el máximo órgano judicial contencioso administrativo con ponencia del mismo Consejero de Estado,

en la cual se reiteró que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tiene límites formales para abordar de fondo el estudio de causales de nulidad contra los actos sancionatorios emanados por la Procuraduría General de la Nación, pues sus decisiones no revisten el carácter jurisdiccional disciplinario atribuido a otro tipo de entidades, como sí ocurre con la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o sus seccionales.

Lo anterior se encuentra amparado a su vez en el análisis efectuado por la Corte Constitucional dentro de la Sentencia C-306 de 2012, cuando dicho órgano judicial declaró la exequibilidad de los artículos 47, 48 y 49 de la Ley 1474 de 2011, mediante los cuales se avala la revocatoria de los autos de archivo y los fallos absolutorios producidos dentro del proceso disciplinario, con fundamento en la connotación natural de actos administrativos, que solo le puede ser otorgada a este tipo de decisiones.

Así las cosas, se tiene que en efecto a nivel jurisprudencial el control de legalidad promovido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, específicamente por el Consejo de Estado, a los actos administrativos sancionadores proferidos por las autoridades disciplinarias, en especial a los emanados por la Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas, no conoce límites, por lo que con base en las causales de nulidad consagradas en el Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el mismo puede ser pleno e integral.

Aunada a la posición asumida por el Consejo de Estado en materia de control de legalidad de actos administrativos disciplinarios, se halla la prevista doctrinalmente, en virtud de la cual también se reconoce que la autoridad judicial en materia administrativa tiene competencia para controlar los actos sancionadores en todas sus instancias (Roa

Salguero, 2010, p. 95)¹. Empero, al respecto se han trabado múltiples discusiones sin que en la actualidad exista un consenso real acerca de los alcances o límites del control jurisdiccional con relación al estudio de sanciones disciplinarias proferidas por la Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas.

Así pues, haciendo referencia a algunos autores que defienden el actuar procedimental de la Procuraduría General de la Nación en relación con el ejercicio de sus potestades disciplinarias sancionatorias, se tiene que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe llevar a cabo un control de legalidad morigerado a los actos administrativos expedidos por autoridades disciplinarias, atendiendo a lineamientos propuestos al respecto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, como son:

El mandato constitucional consignado en el numeral 6 del Artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, por medio del cual se le atribuye al referido órgano disciplinario la potestad para investigar y sancionar las faltas cometidas por los servidores públicos en el ejercicio de su cargo; la autonomía otorgada por la misma disposición normativa dentro del texto constitucional a dicha autoridad, para imponer correctivos o verificar la conducta de quienes tengan a su cargo el cumplimiento de funciones públicas, sin intervención de otros órganos del Estado para ello; la consagración de un régimen disciplinario propio para los servidores públicos, dirigido por

¹ En lo que concierne a este tema, es notable que se pretende especificar la competencia de controlar los actos administrativos disciplinarios a cada una de las autoridades, en sus distintas instancias. Sin embargo, se limita la doble instancia en procesos que carezcan de cuantía y se controviertan sanciones disciplinarias administrativas distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio, cuando éstos son de competencia de los Tribunales Administrativos. Estos, nos lleva a que se pierda la oportunidad de corregir algunas falencias de fondo que tienen que ver con las competencias para ejercer el control de legalidad a los actos administrativos disciplinarios.

la Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas, para velar por la observancia de los fines del Estado; y la negativa de revisión probatoria por parte la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la realización de control de legalidad a las decisiones adoptadas por el órgano de control disciplinario (Calambas Hurtado, Et Al., 2009, p. 154).

En ese orden de ideas, a simple vista se nota que esta posición doctrinal sugiere el desarrollo de un control de legalidad a actos administrativos sancionadores, partiendo de un juicio de validez del proceso disciplinario mas no de corrección, enmarcado dentro de las causales de nulidad previstas en el Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto concibe la existencia de límites tanto formales como materiales al interior de la revisión judicial que se promueve frente a las decisiones disciplinarias despachadas por la Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas.

No obstante, en recientes investigaciones doctrinales se ha llegado a la conclusión que el control de legalidad efectuado por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a los fallos disciplinarios proferidos por autoridades disciplinarias, es pleno e integral conforme a los últimos pronunciamientos jurisprudenciales emanados de forma reiterada, que constituyen en sí mismos una línea jurisprudencial, dentro de los cuales se aborda el estudio de dichas decisiones de forma específica, con aplicación no solamente de las garantías procesales, sino también de las disposiciones sustantivas relevantes consignadas en el texto constitucional (Moreno Romero, 2014, p. 100)².

² En las conclusiones de dicho trabajo de Tesis se afirma que la jurisprudencia actual sobre el tema ha dilucidado este asunto en concreto, dejando claro que los actos de control disciplinario adoptados por la

De igual manera en el mismo documento se pone de presente la necesidad actual que existe para que el control judicial a fallos disciplinarios se encuentre orientado a generar un mayor respaldo procesal en relación con las garantías que refiere el debido proceso, como son la revocatoria total o parcial de la sanción disciplinaria impuesta al servidor público, con ocasión del insuficiente análisis probatorio surtido dentro del proceso administrativo, en aras de respaldar el cumplimiento de la tutela judicial efectiva, dentro del marco de la justicia material consagrada por el Estado Social de Derecho.

Así las cosas, en relación con esta posición se ha dejado claro que no existe límite a la labor del juez administrativo, quien, estando investido de poder judicial, puede surtir el respectivo control de legalidad a los actos administrativos sancionadores proferidos por la Procuraduría General de la Nación, de forma amplia, retrospectiva, modificatoria, anulatoria y sustitutiva en relación con tales decisiones. Lo cual encuentra asidero a su vez a nivel del derecho comparado, en otras legislaciones como la Argentina, en la que se reconoce de forma absoluta el carácter no jurisdiccional de las decisiones administrativas, el cual sumado a la revisión judicial que se puede promover frente a las mismas, da lugar a la exclusión automática del concepto de la cosa juzgada administrativa, dentro de su ordenamiento jurídico (Fernández Beschtedt y Nosquese, s.f.)

administración pública y por la Procuraduría General de la Nación, constituyen ejercicio de la función administrativa y, por lo tanto, son actos administrativos sujetos al pleno control de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta postura aunada a la de López Higuera (2014)³, quien también sostiene que en aras de brindar una efectiva garantía de los derechos fundamentales del investigado disciplinariamente y del ordenamiento jurídico, es procedente el juzgamiento pleno y sustancial de las decisiones disciplinarias proferidas por las autoridades disciplinarias, dejan entrever la necesidad incluso de abordar el fondo probatorio en materia disciplinaria dentro del control judicial promovido a las sanciones impuestas por la Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas, tal y como ocurre con el estudio de sanciones administrativas promovidas en sede judicial por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español (Peñaranda, 2012)⁴, de conformidad con lo señalado en el Artículo 60.3 de la Ley Jurisdiccional Contencioso Administrativa de dicho Estado.

En virtud de las exposiciones previas, se puede decir que el control de legalidad promovido contra los actos administrativos sancionadores actualmente no constituye una transgresión de las potestades disciplinarias ejercidas por la Procuraduría General de la Nación, por ende el mismo puede ejercerse con carácter pleno e integral, sin reconocer límites tanto formales como materiales; por cuanto el análisis de fondo realizado a dichas decisiones lo único que pretende es demostrar la necesidad que existe en nuestro ordenamiento jurídico de garantizar una justicia material efectiva al interior de los procesos disciplinarios, evitando para ello la adopción de sanciones arbitrarias e injustas contra servidores públicos o personas que sin serlo, cumplen funciones públicas.

³ En esta Tesis de Maestría para optar al Título de Magíster en Derecho Administrativo también se destacó la posición actual del Consejo de Estado de no imponer límites al control de legalidad promovido en relación con los fallos disciplinarios proferidos por las autoridades disciplinarias.

⁴ En este escrito se da a conocer que en España cuando se impugna una sanción administrativa, basta que haya disconformidad para que haya de recibirse a prueba el proceso.

Esta situación permite inferir correlativamente, que sería erróneo pensar en elevar a rango judicial o conceder un alcance de este tipo a los fallos proferidos por las autoridades disciplinarias, en especial por la Procuraduría General de la Nación, pues a pesar de que dichos órganos de control han sido reconocidos como los Jueces Naturales del Proceso Disciplinario, en razón su distinguido ejercicio de funciones disciplinarias de manera autónoma, independiente, imparcial y con sujeción a normas propias preexistentes; las decisiones emanadas por parte de ellos seguirán siendo concebidas como actos administrativos dentro del Estado Social de Derecho consagrado en la actualidad por la Constitución Colombiana, los cuales no podrán equiparar sus efectos en proporción a los producidos por una sentencia judicial, que si puede sustraerse realmente de ser sometida a un control de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Lo anterior, daría lugar a pensar que, en aras de evitar este tipo de conflictos o discusiones jurídicas, así como para garantizar más en materia disciplinaria principios como el de la seguridad jurídica, la confianza legítima, la doble instancia judicial, la cosa juzgada, la cosa juzgada y el debido proceso en general, se podría constituir una Jurisdicción Especializada en Asuntos Disciplinarios, con función judicial de doble instancia, para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos.

En ese sentido, podría proponerse que en Colombia, por medio de reforma constitucional (vía acto legislativo, referendo o asamblea nacional constituyente), se cree la Jurisdicción Especializada en Asuntos Disciplinarios, integrada por Jueces Disciplinarios, Tribunales Disciplinarios y Corte Suprema de Justicia Disciplinaria, quienes podrán conocer en primera y segunda instancia, acorde a las competencias

establecidas tanto por mandato del propio constituyente, como del legislador en uso de su potestad configuradora legislativa, de las investigaciones disciplinarias adelantadas contra autoridades públicas o privadas que cumplen labores de forma permanente o transitoria en el marco de la función pública, por faltas gravísimas, graves o leves cometidas en el ejercicio de su cargo.

De esta manera, se sustraería la potestad disciplinaria otorgada tanto constitucionalmente como legalmente a la Procuraduría General de la Nación y a sus entidades delegadas, para transferirla a los funcionarios judiciales instituidos dentro de la Jurisdicción Disciplinaria, reemplazando así el carácter administrativo con que goza actualmente la función disciplinaria, por un carácter judicial al interior de este tipo de procesos sancionatorios.

Así las cosas, poniendo en contexto esta problemática real del ordenamiento jurídico colombiano, valdría la pena preguntarse si ¿Es viable reemplazar la función administrativa disciplinaria, por una de carácter judicial, ejercida por autoridades u órganos investidos con función judicial disciplinaria para adoptar e imponer sanciones disciplinarias, que garanticen efectivamente los principios del juez natural, la doble instancia, la cosa juzgada material, el debido proceso, la confianza legítima, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva en el derecho disciplinario colombiano?

Dicha pregunta en cuestión, puede ser subsumida más concretamente para efectos de abordar las categorías de investigación en la siguiente: ¿Se puede reemplazar la función administrativa disciplinaria, por una función disciplinaria de carácter judicial, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, a partir de un estudio de derecho comparado?, por lo que el objetivo general de esta pesquisa consiste en determinar la

viabilidad de reemplazar la función administrativa disciplinaria, por una función disciplinaria de carácter judicial, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, a partir de un estudio de derecho comparado; de la cual derivaron inicialmente los objetivos específicos siguientes:

- Identificar la estructura actual de la función administrativa disciplinaria en el derecho comparado, tomando como referentes los países de España y Colombia para tal efecto.
- Analizar el ejercicio de la función administrativa disciplinaria en el derecho comparado, tomando como referentes los países de España y Colombia para tal efecto.
- Establecer la procedencia de la judicialización de la actividad administrativa disciplinaria en Colombia, con fundamento en el estudio de derecho comparado realizado con España.

A nivel metodológico, el tipo de investigación que contempla el trabajo de tesis doctoral es cualitativo o hermenéutico propio de las investigaciones de corte jurídico, por cuanto lo que se pretende al interior del mismo es determinar la viabilidad de reemplazar la función administrativa disciplinaria, por una función disciplinaria de carácter judicial, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, a partir de un estudio de derecho comparado. En ese sentido, el presente proceso investigativo ahondará en interpretaciones jurídicas, mediante la aplicación integrada de los métodos analítico-explicativo y sistemático-comparativo.

Para el desarrollo de la presente investigación se tiene como principal referente teórico la tesis sobre el “garantismo judicial” propuesta en líneas convergentes o

similares por los autores Juan Carlos Cassagne (2009) y Luigi Ferrajoli (2012), quienes a su vez encuentran respaldo en sus argumentos por máximos exponentes del derecho público, como son Eduardo García de Enterría (2016), Juan Antonio García Amado (2011) y Tomás Ramón Fernández Rodríguez (1994). A esta postura teórica inicial, se suma la de los “actos administrativos y los actos jurisdiccionales” que presenta Calamandrei (2005), en la cual se establece que el juez tiene como finalidad hacer observar el derecho a los ciudadanos en caso de controversia y esto lo hace mediante los actos jurisdiccionales, mientras la autoridad administrativa se vale de la ley para cumplir sus funciones y para limitar su propia conducta.

Si bien esta investigación nació de las premisas referidas previamente, es claro que a lo largo de la investigación se expondrán otros factores que conducirán a afirmar la necesidad de judicializar el conjunto de actividades que integran la función administrativa disciplinaria en Colombia, basada en aseveraciones objetivas que conducen a inferencias lógicas, razonamientos adecuados y apreciaciones subjetivas fundadas, que demarcan un contexto integral bajo el cual se analizan cada una de las categorías específicas de investigación, para sentar afirmaciones que podrían dar lugar a múltiples controversias en torno a la dicotomía que se esboza, pero que en su argumentación revisten de un potencial sólido para ser sometidas a debate.

Así las cosas, el presente trabajo se inspiró en la pertinencia y viabilidad de judicializar la función administrativa disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano, con fundamento en una serie de problemáticas expuestas al interior de cada uno de los capítulos de investigación, los cuales se circunscriben al abordaje de la principalística en el derecho disciplinario desde una perspectiva comparada con España, el estudio de

la estructura de la función administrativa disciplinaria en los ordenamientos jurídicos disciplinarios tanto colombiano como español desde su naturaleza jurídica, el análisis del ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria tanto en Colombia como en España a partir de la competencia y el procedimiento establecidos al interior de cada uno de estos dos ordenamientos jurídicos, la presentación descriptiva, analítica y explicativa del desarrollo del control judicial frente a los actos administrativos disciplinarios tanto en Colombia como en España a partir de una crítica valorativa que se hace en relación con la plenitud e integralidad del mismo, y la consolidación de una propuesta estimada como procedente, efectiva y útil de la judicialización de la función administrativa disciplinaria en Colombia a partir del análisis profundo a sus problemáticas basadas primordialmente en las arbitrariedades administrativas y su regulación por medio del garantismo judicial.

De esta manera, esta investigación doctoral se condensa en cinco capítulos que en su estructura de esbozan de la siguiente forma:

- Capítulo I- Principios que regulan la potestad administrativa disciplinaria en Colombia y España
- Capítulo II- Estructura Actual del Derecho Administrativo Disciplinario en Colombia y su análisis en el Derecho Comparado con España
- Capítulo III- Ejercicio de la Potestad Administrativa Disciplinaria en Colombia y España
- Capítulo IV- Control Judicial de Fallos Disciplinarios proferidos en Colombia y España
- Capítulo V- La Judicialización de la Función Administrativa Disciplinaria en Colombia

Los invito a leer esta obra jurídica con la expectativa de acercar más el ordenamiento jurídico colombiano hacia la constitución y consolidación de un nuevo modelo dogmático, sustantivo y procesal en el derecho disciplinario basado más en componentes judiciales que administrativos, por lo que se espera que los resultados obtenidos durante el desarrollo de la presente tesis doctoral sean de su agrado, independientemente de que se compartan o no las diferentes posturas jurídicas adoptadas por el suscrito investigador al interior de la misma, como quiera que las argumentaciones en el derecho son bastante amplias y se prestan para múltiples discusiones teóricas y prácticas, aunque se rescatan solo aquellas que retóricamente reconocen el valor académico e investigativo inserto en los aportes de los colegas para construir mejores perspectivas de evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal dentro del sistema de categorías que integran las fuentes del derecho.

Capítulo I

Principios que regulan la potestad administrativa disciplinara en Colombia y España

Introducción

El presente capítulo de investigación hace referencia al compendio de principios generales y específicos que rigen, comportan y comprenden el proceso disciplinario tanto en Colombia como en España. En ese sentido, el mismo se centra el abordaje de las características específicas que deben garantizar cada uno de ellos dentro de un Estado Social de Derecho, por lo que de una manera sistemática se mostrarán e integrarán los principios generales del derecho disciplinario colombiano con los españoles en torno a sus características específicas o particulares, haciendo énfasis especial en su carácter instrumental que deviene en los aspectos sustanciales y procedimentales que rigen en materia disciplinaria, para finalmente ofrecer unas reflexiones finales cortas que contrasten la importancia de los principios reguladores del derecho disciplinario de un ordenamiento jurídico en comparación con el otro, de cara a la construcción del siguiente capítulo concerniente a la estructura dogmática actual del Derecho Administrativo Disciplinario en Colombia y su análisis en el Derecho Comparado con España.

1.1. Principios Generales de la Potestad Administrativa Disciplinaria en Colombia

Los principios que rigen el ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria en Colombia, comprenden un catálogo amplio de disposiciones normativas, en la medida

que el Artículo 114 de la Ley 1952 de 2019 reza que “la actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios rectores consagrados en la presente Ley y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario” (Congreso de la República de Colombia, 2019), de esta manera se avizora que la misma Ley especial que rige para los procesos disciplinarios en Colombia contempla unos principios propios para el desarrollo de la actuación disciplinaria, pero a su vez remite sistemáticamente a la Ley 1437 de 2011-Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Congreso de la República de Colombia, 2011), para suplir los vacíos o cubrir las ambigüedades con que cuenta la misma Ley, en lo que respecta a los principios que regulan el procedimiento disciplinario.

Así mismo, al entrar a revisar el Artículo 22 de la misma Ley 1952 de 2019 se observa que de una manera amplia, general y abstracta los principios rectores que sirven de interpretación y aplican al interior del régimen disciplinario colombiano, corresponden también a los insertos tanto en el texto constitucional como en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia en virtud del bloque de constitucionalidad; además, teniendo en cuenta el principio de integración normativa, igualmente pueden incidir en el desarrollo de las actuaciones disciplinarias, los principios contenidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en el Código Penal y de Procedimiento Penal (Congreso de la República de Colombia, 2019).

Teniendo en cuenta este panorama, se abordará para efectos prácticos solamente los principios que rigen de forma propia en el procedimiento disciplinario, conforme a lo estipulado por la Ley 1952 de 2019. En sustento de esta afirmación, se puede decir que

los principios que refiere taxativamente dicha ley, corresponden a: Legalidad, Proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria, Igualdad (non bis in ídem), favorabilidad, ilicitud sustancial, culpabilidad, debido proceso, investigación integral, presunción de inocencia, derecho a la defensa, cosa juzgada disciplinaria, gratuidad de la actuación disciplinaria, celeridad de la actuación disciplinaria, motivación, congruencia y cláusula de exclusión.

1.1.1 Legalidad

El experto académico Novoa Buendía (2016) refiere que la legalidad de las actuaciones disciplinarias, corresponde a una expresión del principio general del derecho “nullum crimen, nulla poena sine lege de origen románico y, por tanto, de inspiración realista clásica” (p. 26), por lo que específicamente el mismo concierne a la “labor de tipicidad de las conductas a investigar, la cual (...) debe someterse a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad” (p. 26), consistentes en la tipificación de una falta con arraigo o apego a las normas especiales, que definen por ejemplo las faltas disciplinarias gravísimas en el Código Disciplinario, sin perjuicio de la aplicación de tipos, como los penales, de forma residual o subsidiaria, cuando existan vacíos o ausencias, vaguedades o ambigüedades en la aplicación de tales faltas.

En ese sentido, el Artículo 4 de la Ley 1952 de 2019- Código General Disciplinario Colombiano señala que la investigación y sanción disciplinaria solamente se realizará en el marco de comportamientos que se encuentren descritos como falta en normas principales o complementarias vigentes al momento de su consumación (Congreso de la República de Colombia, 2019), de esta manera este principio pretende garantizar la seguridad jurídica en las investigaciones disciplinarias que se adelanten en contra de

servidores públicos o particulares que cumplan funciones públicas, así como en las sanciones respectivas que se impongan, puesto que tanto el precepto como la consecuencia jurídica deben estar insertos o previamente definidos en una ley para su aplicación.

En palabras del Ministerio Público colombiano “el principio de legalidad busca proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad material de las personas frente al poder punitivo y sancionador del Estado” (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007, pág. 108). Este mandato de optimización aplicable a los procesos disciplinarios, se encuentra acompañado por otro principio relevante que es el de la “tipicidad y de las faltas y las sanciones” que se configura cuando se comete una infracción catalogada o considerada previamente como falta disciplinaria, y la consecuencia sancionadora también ha sido determinada o concretada jurídicamente en un texto, a partir de la imputación que se ha hecho de la conducta reprochable disciplinariamente (Sentencia, 1996).

El principio de legalidad ha ampliamente referido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dentro de la cual se ha manifestado lo siguiente:

(...) No es posible adelantar válidamente un proceso penal, disciplinario o de naturaleza sancionadora si el precepto-praeceptum legis-y su correspondiente consecuencia jurídica-sanctio legis-no se encuentran previamente definidos en la ley (...) El principio de legalidad, de aceptación universal, en la forma como ha sido concebido, busca proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad material de las personas frente al poder punitivo y sancionador del Estado (...) además de otorgar certidumbre normativa sobre la

conducta y la sanción a imponer, el mismo exige también que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas por ser una competencia privativa del legislador.

Así mismo, esta jurisprudencia recoge el principio de tipicidad o taxatividad de las sanciones y las faltas, en virtud del cual:

El legislador no solo está obligado a describir las conductas que califica como hechos punibles o infracciones disciplinarias, sino además a hacerlo de forma completa, clara e inequívoca, de manera que permita a sus destinatarios tener certidumbre o certeza sobre los comportamientos ilícitos, es decir, de saber con exactitud hasta donde llega la protección jurídica de sus propios actos o actuaciones. En virtud del principio de tipicidad, lo ha expresado la Corte, para que una norma de carácter sancionador se repute constitucionalmente válida, es necesario que su texto sea preciso, esto es, que incluya los elementos esenciales del tipo como son la descripción de la conducta, “la naturaleza de las sanciones, sus montos máximos y mínimos, así como los criterios de proporcionalidad que debe tomar en cuenta el juzgador al imponer en concreto el castigo”; ya que sólo de esta manera se llega a restringir razonablemente el poder discrecional de la autoridad que detenta el poder sancionador. Que el *ius puniendi* del Estado sea reglado y sometido a los controles necesarios, es precisamente uno de los objetivos que persigue el Estado de Derecho, en cuanto representa la forma de garantizar la plena vigencia de los derechos y garantías de los potenciales encartados, erradicando así la arbitrariedad y el autoritarismo (Sentencia, 2004).

En ese sentido, siendo concordante con la jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional el principio de legalidad conlleva la tipicidad o taxatividad de las faltas y sanciones disciplinarias, por lo que es necesario que se establezcan criterios reguladores en la valoración normativa de la falta, como son el grado de culpabilidad del agente (dolo o culpa) y la gravedad o levedad de su conducta (leve, grave o gravísima); al igual que criterios reguladores en la valoración normativa de la sanción, como lo sería la graduación de la respectiva sanción (mínima, media o máxima), dependiendo de la modulación o intensidad del comportamiento (Sentencia, 2004).

De esta manera retomando el contenido y el alcance de lo previsto en los Artículos 6, 29, 122, 123 y 124⁵ de la Constitución Política de 1991, el principio de legalidad en materia disciplinaria versa sobre dos garantías importantes: Material y formal. Ahora bien, haciendo alusión a la definición de ambas garantías se tiene que la Corte Constitucional ha señalado al respecto lo siguiente:

La primera, de orden material y de alcance absoluto, conforme a la cual es necesario que existan preceptos jurídicos anteriores (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas infractoras del correcto funcionamiento de la función pública y las sanciones correspondientes por su realización. La segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y

⁵Los artículos 6° y 29 establecen que los servidores públicos no pueden “ser juzgados sino conforme a las leyes preexistentes”, y que “sólo son responsables por infringir la Constitución y la ley”. Por otra parte, los artículos 122 y 123 señalan que los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones se someterán a los comportamientos descritos en la Constitución, la ley y el reglamento y que, en todo caso, “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento”. En tanto que el artículo 124 le asigna al legislador la potestad normativa para crear, modificar o derogar el régimen de responsabilidad al que se someten los servidores del Estado, diciendo para tal efecto que “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

existencia de una norma de rango legal, que convalide el ejercicio de los poderes sancionatorios en manos de la Administración (Sentencia , 2005).

Aunada a la posición que indica los criterios tanto material como formal que comprenden el principio de legalidad, también se comparte la conexión que establece la Corte Constitucional entre este mandato de optimización y el de la tipicidad de las faltas y sanciones en la medida que:

La Corte ha admitido que mediante el principio de tipicidad “se desarrolla el principio fundamental ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria (Sentencia , 2005).

No obstante, se debe tener presente que en Colombia el fallador disciplinario cuenta con amplio “margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan con los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario” (Sentencia, 2005), toda vez que como se dijo previamente, es necesario que él determine si la conducta fue cometida con dolo o culpa; de forma leve, grave o gravísima; si incurrió en una falta tipificada de manera taxativa en los Artículos 52 al 64 de la Ley 1952 de 2019 o si de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 65 y 67 de la misma normatividad, se estructuró dentro del catálogo de infracciones configuradas a partir de tipos abiertos o complementarios o tipos en blanco o de reenvío; y así mismo, si atendiendo el tipo de falta, corresponde a una acción,

omisión, extralimitación de funciones, o constituye una violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades o conflictos de intereses.

Lo anterior, quiere decir que tanto las infracciones como las sanciones disciplinarias advierten la configuración de conductas reprochables que se encuentran tipificadas de forma abierta o complementaria en otros ordenamientos jurídicos, distintos al disciplinario, por lo cual es válido que en esta materia no exista un catálogo de normas específicas que subsuman todos los comportamientos objeto de investigación disciplinaria para dar cumplimiento a los fines de la función pública, aun cuando esto no significa “que en la tipificación de tales faltas se pueda utilizar expresiones ambiguas, vagas e indeterminadas que quebranten el principio de legalidad y tipicidad consagrado en el artículo 29 de la constitución, fundamental en el derecho sancionatorio” (Negrete, 2018, pág. 12).

En ese sentido, se tiene que el derecho disciplinario a diferencia del derecho penal en Colombia, le permite al operador disciplinario contar con un margen amplio de valoración e individualización de las faltas sancionables dada la variedad de conductas que son consideradas como infracciones a la luz de la función pública y del derecho disciplinario en sí mismo, por lo que recogiendo lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-124 de 2003:

El investigador disciplinario dispone de un campo amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, con base en los criterios señalados en

el Art. 43 de la misma ley, lo cual obviamente no significa que aquel cree normas y que asuma por consiguiente el papel de legislador, ya que sólo aplica, en el sentido propio del término, las creadas por este último con las mencionadas características (Sentencia, 2003).

1.1.2 Proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria

El principio de proporcionalidad en sentido amplio o general, hace alusión o referencia a los límites con que deben contar las actuaciones administrativas, especialmente cuando se adoptan decisiones. En palabras de Roa Salguero (2014), la proporcionalidad constituye:

“Un límite a la arbitrariedad en la potestad sancionadora del Estado. Se conoce como la prohibición de exceso en la imposición de sanciones y castigos, y se trata de un componente de la justicia como valor superior de todo el ordenamiento punitivo, en la medida que busca la sanción de un hecho constitutivo de falta que guarde conexión, adecuación, simetría y equilibrio con la gravedad del mismo” (p. 141).

El Artículo 6° de la Ley 1952 de 2019 señala que la “imposición de la sanción disciplinaria deberá responder a los principios de proporcionalidad y razonabilidad” (Congreso de la República de Colombia, 2019), lo cual quiere decir en estricto sentido que la sanción disciplinaria debe ser coherente con la tipificación y graduación de la falta disciplinaria atribuida al servidor público o particular que ejerza función pública en Colombia. Esta interpretación del principio, aunada a la de varios doctrinantes, evidencian la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, al evitar la arbitrariedad y la desproporción en la imposición de sanciones

disciplinarias que atenten o impliquen el desconocimiento o la transgresión de los derechos fundamentales aplicados al debido proceso del investigado disciplinariamente (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007, pág. 71).

Varios investigadores del derecho disciplinario colombiano, como López, Paba y González (2018), sostienen que el ideal de este principio es poner fin a las inequidades que permite la legislación actual en torno a la escasez de sanciones disciplinarias que determinan la destitución del servidor público en un cargo, por falta de análisis adecuado de la sanción con relación a la gravedad de la falta (pág. 134). Por tal motivo, el principio de proporcionalidad debe basarse o inspirarse en la formulación de una ecuación perfecta que implique “una aritmética simetría entre la conducta perpetrada por el infractor y la calidad y cantidad de sanción impuesta, y ello lo que presupone es la formulación de un juicio de proporcionalidad concreto” (López Mora, 2013, pág. 75).

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta los criterios o parámetros señalados por la Corte Constitucional, se tiene que el procedimiento establecido para dar aplicación al principio de proporcionalidad en el derecho disciplinario, se concreta en tres estadios que deben ser superados de forma secuencial: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Así pues, el primer estadio o nivel que es el idoneidad o adecuación, consiste en que toda sanción disciplinaria impuesta debe ser adecuada para obtener o dar cumplimiento a un fin legítimo constitucionalmente (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007, pág. 72); el segundo estadio, que concierne al de necesidad, considera que la intervención de un derecho o sanción debe ser la más restringida, benévola o benigna posible dentro de las que han sido seleccionada como idóneas para tal efecto (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007, pág. 72); y el tercer estadio,

que corresponde a la proporcionalidad en estricto sentido, consiste en que la sanción disciplinaria garantiza efectivamente el cumplimiento del fin propuesto, esto es, que la restricción de un derecho o garantía bien sea económica, laboral o personal se realice para salvaguardar o mantener incólume el respeto, la igualdad, la economía, la celeridad, la publicidad, la transparencia, la moralidad, la eficacia, la rectitud y la imparcialidad de la función pública (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007).

Para ejemplificar lo anteriormente expuesto, se tiene que el principio de proporcionalidad debe interpretar, justificar y explicar las razones por las cuales se impone una sanción, en consonancia con el principio de motivación, de esta manera además de fungir como una prohibición regulatoria del posible ejercicio desmesurado de la potestad disciplinaria, también opera “como forma de excluir la responsabilidad cuando hay principios constitucionales en colisión: verbi gratia, necesidad de ponderar el principio de culpabilidad disciplinaria frente a principios de la función administrativa o derechos fundamentales afectados con el incumplimiento del deber funcional” (Roa Salguero, 2014, pág. 152), por lo que este principio no solamente encuentra asidero en la tipicidad de la falta, sino también en la antijuridicidad (ilicitud sustancial) y la culpabilidad, como elementos del tipo que determinan la sanción disciplinaria a imponer.

1.1.3 Igualdad

El principio de igualdad, como bien lo refiere Laporta (1985), atañe “al conjunto de condiciones, que en relación con los individuos, la norma estatuye para adjudicar las consecuencias de esas condiciones lo que determina el carácter igual o desigual de la norma” (párraf. 12). En ese sentido, el mismo concierne a los rasgos o circunstancias integradoras de la consecuencia jurídica que conlleva la aplicación de toda norma, de

manera que “se atomiza, se difunde así en una pluralidad de normas cuyos contenidos son los criterios concretos de selección y los tipos de tratamiento admitidos o rechazados” (párraf 14).

El Artículo 7 de la Ley 1952 de 2019, señala que la igualdad en materia disciplinaria procede cuando algunos de los sujetos o intervinientes procesales se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, dada su condición económica, física, o mental. En ese sentido, no se admitirá dentro del proceso disciplinario ningún tipo de discriminación por razones de raza, sexo, color, condición social, profesión, origen nacional, familiar o étnico, lengua, religión, orientación sexual, identidad de género, situación o condición política, filosófica o cultural (Congreso de la República de Colombia, 2019)

En relación con este principio la Corte Constitucional ha señalado que:

Es obligación de todos los poderes públicos dar un trato similar a todos ciudadanos sometidos a su imperium, de suerte que toda discriminación o trato diferenciado, debe encontrar clara apoyatura que le justifique, pues, de no, quien a la postre resulte afectado puede hacer evidente la desigualdad de que se dice víctima (Sentencia, 2018)

El principio de igualdad en el ámbito práctico del derecho disciplinario, comporta, por ejemplo, la imposición de sanciones acorde con los criterios de graduación establecidos en la ley⁶, sin importar la condición especial a la que estuviere sometido el

⁶ El nivel jerárquico que ocupa el servidor público al interior de la entidad, el conocimiento de la ilicitud de la conducta, la afectación a derechos fundamentales, el grave daño social de la conducta, la atribución de responsabilidad a un tercero que manera infundada, la declaratoria de responsabilidad fiscal o disciplinaria dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión de la conducta investigada, la diligencia y eficiencia

servidor público, como es el caso de estar amparado por un fuero sindical (Sentencia , 2018) o contar con un beneficio derivado del retén social, ya que como bien lo señala Kaufmann (2006) “el principio de igualdad es, como se expuso, ante todo, puramente formal (...) por lo que igualdad es abstracción de desigualdad; y ésta, a su vez, es abstracción de desigualdad” (pág. 295), con lo cual se puede aseverar que indistintamente la condición de la que revista en su momento un servidor público o particular que cumpla funciones públicas, tanto la investigación como la sanción disciplinaria cobran vida de forma plena dentro del proceso, solo atendiendo al nivel de intencionalidad (dolo o culpa) y a los criterios de graduación de la falta y de la sanción respectivamente. En ese sentido, los juicios de reproche que se adelantan actualmente en materia disciplinaria, son puestos en igualdad de condiciones para la imposición de las sanciones disciplinarias, con desconocimiento de los demás aspectos que reportan beneficios laborales (Cuervo López, 2014, pág. 25).

Así mismo, la Corte Constitucional ha reconocido en sus sentencias que los concursos de faltas disciplinarias por parte de un servidor público, pueden ser considerados como faltas gravísimas, pero no por la función o rama a la que se encuentre adscrita el funcionario, sino por la cantidad de faltas disciplinarias cometidas:

En relación con el respeto al principio de igualdad, no entiende la Corte por qué razón el concurso de faltas en número superior a diez debe ser considerado como falta gravísima solamente si el sujeto disciplinado es un funcionario o empleado judicial. No así si se trata de cualquier otro servidor público. Si bien podría

demostrada en el desempeño del cargo o función, la confesión de la falta, el resarcimiento o compensación del daño causado, la devolución, restitución o reparación del bien afectado con la conducta constitutiva de falta disciplinaria, sin que la misma se hubiere ordenado o decretado en otro proceso.

estimarse, como se acaba de decir, que un concurso de tal naturaleza constituye una conducta que puede ser considerada gravísima, no existe una razón clara para estimar que solo tratándose de la función judicial ella origine un mayor grado de responsabilidad. No aparece un objetivo de rango constitucional que pueda justificar la introducción de este trato desigual entre los funcionarios y empleados judiciales y los demás servidores públicos. Tanto la función judicial, como la administrativa y la legislativa exigen de quienes las cumplen el mismo grado de responsabilidad sin que la pertenencia a una u otra rama del poder público pueda generar la diferencia que introduce la regla que se examina (Sentencia, 2003).

Igualmente, en lo que respecta a este principio se tiene que el máximo órgano judicial de lo constitucional ha establecido como procedimiento para entrar a valorar y a dirimir conflictos jurídicos en los que se encuentra inmiscuido o involucrado “el derecho a la igualdad”, el denominado “test de igualdad”, a través del siguiente conjunto de reglas:

I) en primer término, el juez constitucional debe establecer si en relación con el criterio de comparación o *tertiumcomparationis*, las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares; de hallarlas notoriamente distintas, el test no procede; (ii) si resulta procedente el juicio de igualdad, deberá analizarse la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma censurada, destacando los fines perseguidos por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlos y la relación entre medios y fines (Sentencia , 2014).

Estas subreglas del test de igualdad introducido o incorporado por la Corte Constitucional en sus sentencias donde que se ha visto afectado o conculcado el derecho a la igualdad, ha sido aplicado de tal forma que su juicio arroja tres tipos de

intervenciones: leve, moderado o intenso. De esta manera, el mismo ha sido explicado por el Alto Tribunal en los siguientes términos:

La Corte ha utilizado el juicio de igualdad, y ha modulado su ejercicio en tres supuestos, “i) débil: El cuál es la regla general y aplica cuando el legislativo tiene amplia potestad de configuración normativa, ii) Intermedio: están el hecho de que la norma que produce la diferencia de trato afecta derechos constitucionales no fundamentales o cuando se trata de medidas de acción afirmativa o discriminación inversa, y iii) fuerte: “(i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población (Sentencia , 2012).

Así pues, se observa como este principio es aplicable perfectamente en materia disciplinaria, a través del “test de igualdad” diseñado por la Corte Constitucional, por cuanto lo que se protege en estos casos es la integridad del derecho procesal disciplinario, el cual se garantiza con la intervención o restricción de un derecho, dentro de los estándares de leve, moderado o intenso que permitan garantizar que la medida adoptada al respecto sea legítima, adecuada, idónea y necesaria con relación al fin pretendido. Lo anterior, teniendo en cuenta en amplio margen de configuración que ha existido en esta materia, que tiende hacia la protección de los principios

constitucionalidad de igualdad, seguridad jurídica, juez natural y debido proceso (Sentencia, 2018).

1.1.4 Favorabilidad

Este principio previene su aplicación general, desde Sentencias como la T-530 de 2009 que define claramente que “en materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” (Sentencia T-530, 2009), esto ha dado lugar a varias interpretaciones por parte de académicos del derecho disciplinario, que han dejado por lo menos claro el asidero de este principio frente a la aplicación de normas sustanciales y procesales más benignas al sujeto disciplinado en comparación con otras más drásticas, siempre y cuando los efectos antijurídicos de la conducta hayan cesado en el tiempo al momento de entrar en vigencia una nueva ley (López J. , 2019), de lo contrario se entenderá que la norma aplicable será la que entre a regir de forma retrospectiva al momento de la ejecución del último acto de tracto sucesivo.

El Artículo 8 de la Ley 1952 de 2019, señala que, en el derecho disciplinario, una ley permisiva o favorable, sustancial o procesal de efectos sustanciales, aun cuando sea posterior será aplicable frente a la norma restrictiva o desfavorable, lo cual rige también para aquellos servidores públicos o particulares que ejerzan funciones públicas que se encuentren ya sancionados o estén cumpliendo con la sanción impuesta, en el marco de lo dispuesto por la Constitución Política.

De esta manera, el artículo de dicha ley reconoce la aplicación del principio de favorabilidad, a partir del Artículo 29 de la Constitución Política de 1991, en el que se indica que “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se

aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), por lo que es necesario que el principio de aplicación inmediata de la ley procesal se integre con el principio de favorabilidad, en razón a la naturaleza constitucional que yace respecto de este último principio, ya que como bien lo ha reconocido la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano:

Una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos (...) Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia (Sentencia , 2002).

Lo anterior, significa que en materia disciplinaria una norma posterior a la comisión de una falta disciplinaria puede ser aplicable en la medida que beneficie al investigado disciplinariamente, por medio de la figura de la “retroactividad de la ley”; o también, una norma que haya sido derogada, puede ser aplicada, si es más favorable que la nueva norma que fue expedida, siempre que la misma haya estado vigente durante la ocurrencia de los hechos que dieron origen a la investigación disciplinaria.

Esta afirmación también ha sido ratificada con el Alto Tribunal Constitucional, cuando en Sentencia C-692 de 2008 sostuvo que toda “persona investigada o juzgada disciplinariamente tiene derecho a gozar de las mismas garantías que estructuran el derecho penal, tales como el principio de legalidad y de favorabilidad” (Sentencia, 2008), puesto que ambos tipos de investigaciones corresponden a expresiones del “ius puniendi” del Estado.

La aplicación del principio de favorabilidad, en palabras del mismo Consejo de Estado, se debe entender para efectos prácticos “como un asunto del quantum de la pena y no de las condiciones eminentemente procedimentales” (Sentencia, 2012), lo cual quiere decir que el ámbito o campo de acción de este mandato de optimización solo se logra concretar en aspectos procesales como la calificación de la falta, el grado de culpabilidad y la dosificación de la sanción, como ocurriría en el caso de aplicar como sanción una “suspensión” cuando una norma más favorable expedida durante el proceso disciplinario determinaba que para la misma falta con calificación equivalente, impondría una sanción de “multa” al respecto.

En ese sentido, se tiene que autoridades disciplinarias en Colombia han aplicado el principio de favorabilidad en materia disciplinaria, teniendo en cuenta los postulados de la Corte Constitucional, por lo que se han presentado casos concretos, donde Oficinas Disciplinarias, como la adscrita a la Dirección Nacional de Veeduría Disciplinaria de la Universidad Nacional de Colombia ha expuesto lo siguiente:

Así las cosas, es claro para este despacho, que el profesor para la fecha de los hechos no podía suscribir contratos con nuestra institución educativa como efectivamente ocurrió con la ODS, encontrándose de esta manera incurso en una

transgresión de la incompatibilidad descrita. Siendo indispensable puntualizar que acatando el Principio de Legalidad debe aplicarse esta norma para determinar la tipicidad, no obstante, en virtud del debido proceso que debe regir las actuaciones disciplinarias, se efectuará un análisis de las normas internas que al respecto fueron expedidas con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, con el fin de verificar si le son más benéficas al hoy investigado. Considerando el despacho que en este punto, se debe señalar lo manifestado al respecto del Principio de Favorabilidad por la Corte Constitucional en Sentencia T 319 A/2012: (...) La doctrina especializada también ha vinculado el alcance del principio de favorabilidad en materia disciplinaria con los efectos ultra activos y retroactivos de la legislación, en virtud de los cuales, "una ley puede hacerse valer para hechos anteriores, si favorece al investigado, lo mismo que se le podrá seguir aplicando, aun después de derogada, si igualmente le produce efectos más favorables" y ha distinguido la manera en que los mismos operan, dependiendo de si el cambio de régimen jurídica afecta una norma sustancial o de procedimiento. Sobre este punto, ha dicho: Así, por ejemplo, si a la fecha de cometerse lo falta está clasificada de determinada manera y posteriormente se expide una norma que la califica con menos rigor, deberá tenerse en cuenta esta última por efectos de valorar su conducta, por ser más benigna (Auto de archivo, 2016).

En consonancia de lo previamente señalado, se tiene que la Corte Constitucional ha realizado varias precisiones en sede de tutela, con ocasión a la aplicación del principio de favorabilidad en procesos disciplinarios, como se observa a continuación:

Fue así como, al evaluar el caso de un oficial de la Policía Nacional al que se le aplicó un régimen disciplinario que no estaba vigente para la época de los hechos que provocaron la investigación, la Corte dio cuenta de la obligatoriedad de dicha garantía en materia disciplinaria, y dejó establecidas dos reglas: que inaplicar una norma favorable, atendiendo solo al tiempo de vigencia de la ley, configura una violación del debido proceso, y que dicha vulneración es mucho más grave cuando la autoridad, además de hacer que prevalezca la norma desfavorable o restrictiva, la aplica siendo posterior a los hechos juzgados.[76] Más tarde, censuró la vulneración del debido proceso de un funcionario judicial, a quien el Consejo Superior de la Judicatura sancionó en aplicación de un régimen legal que había sido sustituido para el momento en que se dictó sentencia. La Corte determinó que, en ese caso, las disposiciones del nuevo régimen jurídico eran más favorables, porque eliminaban la discrecionalidad de la autoridad disciplinaria en la aplicación de la pena de destitución, al establecer ciertas hipótesis específicas para su procedencia [77]. Recientemente, aclaró que no toda variación normativa hace viable la aplicación del principio de favorabilidad disciplinaria. En el caso concreto, la Corte concluyó que la configuración de cierto cambio normativo no produjo una sucesión de leyes benéficas que ameritara proteger, en ese sentido, el debido proceso de los accionantes (Sentencia , 2012).

Así las cosas, se evidencia de forma práctica del desarrollo retroactivo y ultractivo de las normas en materia disciplinaria, a través del cual se vislumbra como una nueva ley que favorece al investigado opera para hechos investigados antes de su entrada en

vigencia; o una ley que ha sido derogada, puede ser aplicada aún con posterioridad a su derogatoria, si genera efectos que le favorecen al investigado disciplinariamente.

1.1.5 Ilícitud sustancial

El principio de ilicitud sustancial comporta la afectación real de un deber o un derecho que se encuentre enmarcado dentro de las finalidades de la función pública. En palabras de Pinzón Navarrete (2019) “la expresión ilicitud, desde el plano estrictamente gramatical, significa aquello que tiene la cualidad de lo ilícito (...) sin embargo, los conceptos en derecho son mucho más amplios y nutridos que las simples expresiones lingüísticas” (p. 39), como quiera que en el derecho disciplinario la ilicitud está relacionada “con si la respectiva conducta está provista o no de <<cierto grado de connotación o relevancia>>-sustancialidad de la ilicitud- o si aquella puede excluirse o justificarse con otras actividades o funciones del servidor público o particular que ejerce funciones públicas” (p. 40).

En ese sentido, el mismo Consejo de Estado colombiano ha establecido que dicho principio se dirige a valorar la antijuridicidad de la conducta disciplinaria, para determinar si el comportamiento del servidor público se encuentra ajustado o no a los deberes que impone la constitución y la ley en atención a la naturaleza de su cargo (Sentencia, 2012), por lo que el alcance de dicho principio se encuentra condicionado por la infracción sustancial de los deberes estatales en lo que respecta al buen funcionamiento y cumplimiento de los fines del Estado (Sentencia, 2002).

En palabras de la Procuraduría General de la Nación:

Todo comportamiento culposo conlleva el quebrantamiento del deber objetivo de cuidado, por lo que corresponde al operador definir en cada caso el grado concreto de la culpa, teniendo como base la misma definición contenida en el párrafo del Artículo 44 de la Ley 734 de 2002; la relevancia de este aspecto en materia disciplinaria radica en que la sanción a imponer varía según se trate de culpa gravísima o culpa grave; además en tratándose de culpa leve, la misma se convierte en elemento definitivo para abstenerse de imponer sanción disciplinaria a pesar de la violación objetiva a los deberes establecidos en el estatuto disciplinario (2006).

En ese orden de ideas, se aprecia como el principio de ilicitud sustancial conduce a la antijuridicidad material de un comportamiento, al igual que ocurre en materia penal, para evidenciar que se requiere de “un resultado dañino en este caso para sancionar (...) y no solo sujetarse al criterio de afectación al deber funcional sin justificación alguna” (Obando Rojas, 2012, pág. 20), por lo que la conducta del servidor público debe “lesionar, quebrantar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el derecho disciplinario, para poder sancionar disciplinariamente dicha conducta” (Obando Rojas, 2012, pág. 21).

En palabras de Ordóñez Maldonado (2009), “aunque el comportamiento se encuentra en un tipo disciplinario, pero se determine que el mismo para nada incidió en la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan, deberá concluirse que la conducta esta desprovista de ilicitud sustancial” (p.27). En ese sentido, cuando se advierte de la comisión de una presunta falta disciplinaria, es claro que una vez superado el estadio de la tipicidad, se deberá pasar al análisis de la ilicitud sustancial para saber si se está ante una conducta reprochable, en cuyo juicio de valoración se pueda

determinar que se afectó efectiva y relevantemente el deber funcional y sin justificación alguna, de cara a imponer o no la sanción disciplinaria a título de dolo o culpa, conforme a los criterios de graduación o dosificación contenidos en el numeral primero del artículo 47 de la aún vigente Ley 734 de 2002.

En este punto, vale la pena indicar y resaltar como la configuración de la ilicitud sustancial respecto de una conducta desplegada por un servidor público o particular que ejerza funciones públicas sirve para graduar tanto la falta atribuida como la sanción disciplinaria impuesta, ya que para que el ilícito disciplinario se configure solo basta “la transgresión o infracción del deber o de la obligación funcional, lo cual implica el sometimiento a controles articulados en el sistema de deberes, prohibiciones, inhabilidades, etc.” (Bautista Sánchez, 2011, pág. 7), por ende, se tiene que dependiendo de la intensidad de la falta cometida así mismo se consolidará el criterio relacionado con la afectación, quebrantamiento o perturbación del deber funcional que conlleva el principio de ilicitud sustancial en el derecho disciplinario.

Por esa razón, como bien lo complementa Ordóñez Maldonado (2009) “la sustancialidad de la ilicitud se determinará cuando se compruebe que se ha prescindido del deber exigible al disciplinado en tanto implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública”, lo cual se podrá establecer bajo la llamada comprobación de “infracción al deber funcional” (Pinzón, 2019, p. 41), una vez se efectúe el juicio de adecuación típica de la conducta como falta disciplinaria y se realice el correspondiente juicio de valoración de la ilicitud con ocasión de la afectación del deber funcional sin justificación alguna.

1.1.6 Culpabilidad

La culpabilidad ha sido definida por Córdoba Roda (citado por Francisco García Gómez de Mercado, 2017), como “el juicio de reproche a una persona por haber cometido la acción antijurídica, con tres elementos: la imputabilidad, el dolo o la culpa o imprudencia y la ausencia de una causa de inexegibilidad” (p. 70).

En palabras de Pinzón Navarrete (2016):

La culpabilidad es el conjunto de condiciones necesarias que permiten justificar la imposición de una sanción disciplinaria, aspecto derivado del concepto de la dignidad humana y por el que se entiende que el sujeto disciplinable pudo actuar libremente y con lo cual el Estado tiene legitimidad para imponerle un correctivo disciplinario, reprochándole al infractor el no cumplimiento de sus deberes funcionales (p. 229).

Vale la pena destacar que en consonancia con lo expuesto por este mismo autor, se reconoce la culpabilidad en calidad tanto de principio como de categoría dogmática del derecho disciplinario, por lo que si bien el mismo se reconoce como un elemento de la responsabilidad disciplinaria junto con la conducta, la tipicidad y la ilicitud sustancial, es claro que su fundamentación axiológica permite consolidarlo como principio, a partir del “régimen de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas, lo que comporta que toda falta disciplinaria haya sido cometida a título de dolo o culpa” (Pinzón Navarrete, 2016, p. 229).

El principio de culpabilidad consagrado en el Artículo 10 de la Ley 1952 de 2019, comporta la imposición de sanciones por conductas realizadas con culpabilidad, puesto

que en derecho disciplinario no se puede configurar la responsabilidad objetiva, en la medida que las conductas solo pueden ser sancionables a título de dolo o culpa (Congreso de la República de Colombia, 2019). En ese sentido, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional en Colombia:

Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos (Sentencia , 2002).

En relación con este principio, vale la pena destacar que la Sección Segunda del Consejo de Estado, ha aclarado que la culpabilidad en materia disciplinaria se concreta desde tres formas: Dolo, culpa gravísima y culpa grave. Bajo este esquema, se tiene que el dolo corresponde al conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y el querer de su realización; la culpa gravísima, se sitúa dentro de los conceptos de ignorancia supina, desatención elemental y violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento; y la culpa grave, se enmarca dentro de la inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones (Sentencia, 2018). Es de esta manera, como el principio de culpabilidad en materia disciplinaria en Colombia, se reduce a la valoración del aspecto subjetivo de un comportamiento considerado como falta disciplinaria, para determinar la sanción a imponer en cada caso en concreto.

Así mismo, se observa que la doctrina colombiana ha justificado la importancia del principio de culpabilidad en el ámbito del derecho disciplinario, a partir de la presunción de inocencia que debe favorecer al investigado disciplinariamente, aun cuando concretamente la culpabilidad “se acoge como elemento esencial para determinar la sanción, mediada sobre el estudio del actuar típico y antijurídico, que se atribuye a una ilicitud sustancial, y de la actividad cognoscitiva o volitiva, que se identifica en el disciplinado” (Díaz Huertas, 2017, pág. 14).

Vale la pena destacar que en el campo del derecho disciplinario al igual que en el del derecho penal, la culpabilidad contempla la imputabilidad, la conciencia actual o potencial de la ilicitud del comportamiento, y la exigibilidad de una conducta diferente a la observada y conforme a derecho (Acosta González, 2014, pág. 8). De tal manera que el concepto de culpabilidad en el derecho disciplinario se predica desde la tipicidad de la conducta desplegada, como falta disciplinaria; el conocimiento y la intención que tuvo el investigativo para cometer la conducta que le es reprochable o haber actuado de forma distinta a aquella; y la transgresión del deber funcional por la realización de una conducta contraria a la ley.

De esta forma se aprecia como en consonancia con lo expuesto por la Corte Constitucional en sus múltiples sentencias, el principio de culpabilidad en materia disciplinaria proscribiera cualquier tipo de responsabilidad objetiva (Sentencia, 2015), bajo el esquema de valoración de la conducta reprochable para asignarle una sanción acorde a las circunstancias, tipo y/o modalidad de la actuación que fue considerada como falta disciplinaria, a partir de lo cual centra su estudio en la conducta desplegada, mas no en el resultado obtenido con ella (Pedraza Afanador, 2015, pág. 12), que se subsume en “la

imputabilidad, la exigibilidad de otra conducta y la correspondiente calificación del juicio de reproche del sujeto disciplinado, como de dolo o culpa disciplinaria” (Suárez Bohórquez, 2015, pág. 61).

1.1.7 Debido proceso

El debido proceso ha sido reconocido por reconocidos juristas del derecho colombiano, como una norma jurídica de principio, dada su estructura normativa amplia, que permite relacionarla “con otras normas de similar condición que orientan igualmente la actividad de la administración pública y de las cuales se desprenden, a su vez, otros subprincipios y reglas” (Carvajal, 2010, p. 9), por lo que de resultar afectado parcial o totalmente este principio, bien sea de forma autónoma o integral en conjunto con otros principios, “la autoridad se saldría arbitrariamente del marco del Estado de derecho y pondría en riesgo a los particulares en cuanto a la protección de al menos uno, o tal vez varios, de sus derechos fundamentales” (Carvajal, 2010, p. 9).

En ese sentido, el debido proceso es una garantía que reviste de amparo constitucional, como quiera que su alcance y connotación se encuentran contenidos dentro del Artículo 29 de la Constitución Política de 1991, como un derecho fundamental que es aplicable a todo tipo de actuación, tanto judicial como administrativa, lo cual comporta el juzgamiento de un acto conforme a leyes preexistentes y en el marco de las formalidades que impere para cada proceso; la aplicación preferente de la ley favorable en relación con la restrictiva, aun cuando haya sido expedida posteriormente; la presunción de inocencia, mientras no haya sido declarado culpable; el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado elegido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un proceso público sin dilaciones injustificadas; el derecho a presentar

pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria; y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En materia disciplinaria, sobra aclarar que el anterior artículo aplica de forma plena al proceso adelantado contra el servidor público o particular que ejerza funciones públicas con ocasión de la comisión de una falta considerada como disciplinaria, sin embargo, el artículo 12 de la Ley 1952 de 2019 aclara que “el sujeto disciplinable deberá ser investigado y juzgado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso” (Congreso de la República de Colombia, 2019), por lo que este derecho rige como principio fundamental en toda las actuaciones que se surten dentro del proceso disciplinario.

En ese sentido, se aprecia que la garantía del debido proceso en el proceso disciplinario implica el respeto de los derechos de audiencia, información y defensa, para que de imponer una sanción se haga más allá de toda duda razonable. Igualmente, de forma estructural el cumplimiento de este derecho comporta el reconocimiento y el respeto de los “principios de legalidad, favorabilidad, derecho de defensa (presunción de inocencia y publicidad), igualdad ante la ley, respeto a la dignidad humana y resolución de la duda a favor de la persona investigada” (Barón, 2011, pág. 173).

En palabras de Barón (2011), las garantías que integran el debido proceso son de carácter enunciativo más no taxativo, como quiera que no se puede restringir el acceso, la adopción y/o aplicación en el proceso disciplinario de derechos que no estén reconocidos en la Ley Disciplinaria, sino que el mismo Artículo 29 de la Constitución Política de 1991, permite que las garantías inherentes al debido proceso se apliquen al

derecho disciplinario, como modalidad o expresión propia del derecho sancionatorio, que protege los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad pública (pág. 174). Por tal motivo, se pueden enunciar como garantías enunciativas propias de este derecho, aplicables al proceso disciplinario las siguientes:

(a) en términos generales, el respeto por los principios de publicidad, contradicción, defensa, legalidad e imparcialidad; (b) “la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones” ; (c) “los principios de la presunción de inocencia, el de in dubio pro reo que emana del anterior, los derechos de contradicción y de controversia de las pruebas, el principio de imparcialidad, el principio nulla poena sine lege, la prohibición contenida en la fórmula non bis in ídem y el principio de la cosa juzgada”; y (d) el principio de no reformatio in pejus. (Barón, 2011, pág. 173).

Así mismo, vale la pena destacar que algunos autores también rescatan en la esfera de los procesos disciplinarios en general, el cumplimiento de la garantía del debido proceso desde el principio de legalidad como eje rector del orden justo y la seguridad jurídica; además este principio comporta una “estrecha relación con el concepto de tutela judicial efectiva” (Arenas, 2017, pág. 49), dado que cualquier lesión a un derecho fundamental amparado por el debido proceso disciplinario puede ser objeto de protección por vía de tutela.

1.1.8 Investigación integral

La Ley 1952 de 2019 en su artículo 13 señala que “las autoridades disciplinarias tienen la obligación de investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, así como aquellos que logren demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad” (Congreso de la República, 2019). De esta manera, es claro que el principio de investigación integral obliga a que el investigador disciplinario haga una búsqueda tanto de los aspectos favorables como desfavorables del investigado, en aras de garantizar tanto la transparencia como la imparcialidad al interior de los procesos disciplinarios, pues la finalidad del proceso disciplinario es encontrar la verdad, a partir de los hechos y circunstancias que evidencien la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado; y también desde los hechos y circunstancias que tiendan a demostrar la inexistencia de la falta disciplinaria o las eximentes de responsabilidad a que haya lugar al respecto (Sentencia, 2005).

Al respecto, algunos autores consideran que la investigación integral si bien parte de la búsqueda de la verdad real y material, también se consolida en la debida aplicación

de la justicia, como quiera que la apreciación probatoria en materia disciplinaria debe hacerse conforme a las reglas de la sana crítica, toda vez que la labor principal del operador disciplinario yace en desvirtuar la presunción de inocencia del investigado disciplinariamente, previa a la verificación de los aspectos tanto favorables como desfavorables que atañan al disciplinado (Pabón, 2018, págs. 20-21)

En ese orden de ideas, la investigación integral parte de la correcta formulación de pliego de cargos en la fase de la investigación disciplinaria, sin generar un prejuizamiento que vulnere o transgreda simultáneamente el principio de presunción de inocencia (Sentencia, 2018); igualmente, se concreta en la adecuación típica de la conducta a determinado tipo disciplinario, que conducirá al reproche o sanción que será impuesta al investigado, con fundamento en los medios de prueba (Rincón, 2015, pág. 10); también se basa en la práctica total de pruebas decretadas oportunamente, por cuanto la falta de apreciación en conjunto de todas las pruebas puede propiciar e incidir en la expedición de un fallo más o menos favorable a los intereses del procesado (Sentencia , 2012); y finalmente, ha de tenerse como integral, la apreciación u observancia plena de los hechos, las circunstancias de descargo, las pruebas y los alegatos de conclusión para efectos de adoptar la decisión más justa a favor o en contra del investigado disciplinariamente (Sentencia, 2013).

1.1.9 Presunción de inocencia

La presunción de inocencia se concibe como un principio constitucional, en la medida que integra derechos como el in dubio pro reo, in dubio pro administrado, in dubio pro disciplinado (Sentencia C-495, 2019), pues en “caso de duda y ante la ausencia del grado de conocimiento exigido para dictar sentencia condenatoria, esa duda se deberá resolver

a favor del acusado, absolviendo en observancia del principio de la presunción de inocencia” (Bustamante, M & Palomino, D, 2018, p. 659).

Lo anterior, permite que este principio sea considerado como un derecho absoluto, no susceptible de ser ponderado, pudiendo “ser roto solo por una sentencia condenatoria o la auto incriminación del indicado, bien sea en la modalidad de aceptación de cargos o de incumplimiento de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad” (Tisnés, 2012, p.55)

Ahora bien, el Artículo 14 de la Ley 1952 de 2019 señala que el sujeto disciplinable se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad por medio de fallo debidamente ejecutoriado, e igualmente que toda duda razonable se resolverá a favor de él, cuando no haya forma de excluir su responsabilidad (Congreso de la República de Colombia, 2019). En ese sentido, esta garantía se erige como una forma de garantizar el debido proceso al investigado disciplinariamente, evitando que desde un comienzo del proceso disciplinario se genere una pre judicialización de la falta disciplinaria que se ha atribuido, por lo que de esta manera como bien lo ha señalado la Corte Constitucional: “El proceso disciplinario constituye el instrumento jurídico idóneo para que el investigado presente los argumentos y las pruebas para su defensa, controvierta las que obran en su contra y, en general, desvirtúe los cargos que le puedan ser imputados” (Sentencia, 2006).

Así mismo, ha sido claro para la Corte Constitucional que para desvirtuar el principio de presunción de inocencia en materia disciplinaria son tres los requisitos que deben satisfacerse al interior del proceso: 1. Que la conducta disciplinaria haya sido previamente establecida como falta disciplinaria. 2. Que la ocurrencia o comisión de la

conducta se encuentra probada. 3. Que la autoría y responsabilidad la conducta desplegada si se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria (Sentencia, 2009).

Es de esta manera, como también el Alto Tribunal Constitucional ha señalado que la presunción de inocencia en el campo del derecho disciplinario solo se desvirtúa en juicio, cuando el investigado es oído y vencido en el mismo, esto es, cuando en la audiencia de fallo queda claro que existe plena prueba que conduce a dar por cierta la comisión de la falta endilgada, y, por ende, no queda duda sobre la comisión de la falta disciplinaria por parte de él (Sentencia, 2003).

Por otra parte, vale la pena destacar que la presunción de inocencia siempre se da ante la duda probatoria en materia disciplinaria, con base en el principio de “in dubio pro disciplinario” (Forero, J. 2006, 232), que permite resolver el proceso a favor del investigado ante la duda que produce la falta de certeza de ciertas pruebas en su contra (Legis, 2017), lo cual ratifica lo expuesto al respecto por parte de la Corte Constitucional en el año 1996:

No entiende la Corte cómo se pueda vulnerar la presunción de inocencia cuando se ordena a la autoridad administrativa competente para investigar a un determinado funcionario público que en caso de duda sobre la responsabilidad del disciplinado ésta ha de resolverse en su favor. Y, por el contrario, advierte que de no procederse en esa forma sí se produciría la violación de tal presunción, pues si los hechos que constituyen una infracción administrativa no están debidamente probados en el expediente, o no conducen a un grado de certeza que permita concluir que el investigado es responsable, mal podría declararse culpable a quien

no se le ha podido demostrar la autoría o participación en la conducta antijurídica (Sentencia, 1996).

1.1.10 Derecho a la defensa

El derecho a la defensa ha sido concebido como un principio desde la Teoría General del Proceso, pues la necesidad de oír al directo afectado con la decisión, versa como una garantía particular dentro diferentes ordenamientos jurídicos, especialmente el ámbito del derecho sancionador. Así pues, en palabras de Lemus, N & Pérez, G (2019) este principio integra el derecho de contradicción, la oposición a las pretensiones y el aporte o solicitud de pruebas. Además que el mismo sirve de soporte para invocar la protección de otros principios, como el de congruencia, “puesto que plantea la necesidad de que el juez resuelva únicamente sobre el contenido de las acciones y excepciones deducidas, y sin introducir una justificación innovadora que no haya sido objeto de un contradictorio preventivo” (Hunter, I, 2010, p. 156).

En el derecho disciplinario este principio cobra vida, cuando hay una constante variación de la calificación jurídica a título de dolo o culpa de la falta, contenida en el pliego de cargos, toda vez que ello puede constituir un obstáculo, barrera o estigma para construir los argumentos sólidos de una defensa técnica eficaz dentro del proceso, en la medida que no hay certeza absoluta, sino quizás apenas relativa, de los elementos fácticos y jurídicos que comprenden las faltas atribuidas dentro de la investigación disciplinaria (Jiménez, L, 2018).

De esta manera, el Artículo 15 de la Ley 1952 de 2019 establece que el investigado tendrá derecho a la defensa material o propia y a la defensa técnica o profesional, consistente esta última en la designación de un abogado, incluso en casos

donde se le investigue y/o sancione como persona ausente. En todo caso, si el investigado no designara su propio defensor, de oficio se le asignará uno, que podrá ser estudiante de Consultorio Jurídico de una Universidad legalmente reconocida, o proveniente de la lista de abogados de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura.

La Corte Constitucional ha concebido el derecho a la defensa como una oportunidad procesal reconocida a toda persona, tanto en actuaciones administrativas como judiciales, que permite ser oída; hacer valer sus exposiciones, motivos o argumentos; de controvertir, contradecir u objetar las pruebas que se alleguen en su contra; solicitar el decreto, práctica y valoración de las pruebas que se consideren favorables; promover los recursos y agotar las instancias que confiere la ley (Sentencia, 2013). Este conjunto de garantías se enmarca en la búsqueda de la rectitud, transparencia e imparcialidad por parte del operador disciplinario, para impedir la arbitrariedad, alcanzar la verdad y promover la participación activa del investigado.

En sentido material, este principio comporta la realización de las audiencias de manera pública e informada a los interesados; el otorgamiento de un plazo justo y razonable para la preparación de la defensa, con fundamento en el principio de igualdad de armas; la presentación de excusa por inasistencia a las audiencias, cuando medie fuerza mayor, la designación de un abogado de confianza o la asignación de un abogado de oficio en evento que el investigado no cuente con uno propio, para que lo asista a las audiencias, se oponga a los hechos, pretensiones y pruebas contenidas dentro de la investigación, interponga los recursos de ley y agote las instancias con que cuenta el proceso; la suspensión de la audiencia de juzgamiento, por el término de 5 días para la

designación de un abogado de oficio o la asistencia de su defensor de confianza, so pena de concurrir a la audiencia sin defensor, o incluso acogerse al beneficio de la confesión, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 227 de la Ley 1952 de 2019 (Sentencia, 2009; Sentencia , 2011).

1.1.11 Cosa juzgada disciplinaria

El Artículo 16 de la Ley 1952 de 2019 establece que los casos decididos por medio de fallos ejecutoriados o con fuerza vinculante en materia disciplinaria, emanados por autoridad competente, no serán sometidos a nueva investigación y juzgamiento disciplinario por el mismo hecho que le dio origen, sin importar si la denominación del proceso es distinta.

La doctrina ha señalado que la cosa juzgada en materia disciplinaria se presenta cuando hay decisión de fondo, “de manera tal que el proceso inicial ha terminado con sentencia o decisión que tenga la misma fuerza vinculante” (Álvarez, 2012, pág. 49). En este punto, se tiene que uno de los efectos de la cosa juzgada, es excluir o evitar la suscitación de un nuevo proceso disciplinario por los hechos que ya fueron objeto de controversia y decididos en un caso anterior, por lo que como bien lo ha señalado la Corte Constitucional, la cosa juzgada:

Es una institución que no sólo dota de fuerza vinculante a las decisiones judiciales, sino que también pone fin a las controversias, arroja de certeza el resultado de los litigios o procesos, define concretamente las situaciones de derecho, permite hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales y finalmente evita que las controversias se reabran indefinidamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y el orden social del Estado (Sentencia, 2009).

No obstante, la Corte Constitucional ha precisado desde la Sentencia C-014 de 2004 y ratificado en la Sentencia C-306 de 2012, que cuando se trate de fallos absolutorios y autos de archivo proferidos en casos de investigaciones disciplinarias promovidas, por violación al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, se permite la reapertura del proceso, en tanto que si bien la revocatoria directa de un acto sancionatorio propicia la tensión entre los principios de seguridad jurídica y el principio de justicia material, es claro que la “imposibilidad absoluta de remover del mundo jurídico un fallo disciplinario, conduciría en muchos supuestos el sacrificio de la justicia material”, como quiera que:

El principio de justicia material está relacionado con el principio de vigencia de un orden justo y, por ende, con el imperativo del Estado de promover ese orden y el deber de investigar y sancionar las infracciones a los deberes funcionales imputables a sus servidores. Esto lleva a sostener que un fallo absolutorio expedido de manera irregular no puede convertirse en una garantía de impunidad (Sentencia, 2004; Sentencia, 2012).

De la misma manera, se aprecia que el Consejo de Estado ha dicho que los fallos disciplinarios, en general, a pesar de estar ejecutoriados en sede administrativa tampoco gozan de cosa juzgada, toda vez que al ser actos administrativos pueden ser objeto de control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para determinar su validez por medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho (Sentencia, 2014), por lo que en estos casos, se aprecia claramente como las decisiones disciplinarias de carácter administrativo, proferidas por órganos de control, como la Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas para promover el control

disciplinario, revisten el carácter de “cosa juzgada formal o relativa”, mas no el de “cosa juzgada material o absoluta”, debido a que:

El alto tribunal advirtió que no es admisible sostener que la decisión sancionatoria impuesta en un proceso disciplinario lo da por culminado, y alegar, en consecuencia, que contra esta no procede ningún recurso. A juicio de la corporación, los actos administrativos, aun después de ejecutoriados, pueden ser reemplazados, modificados o excluidos del mundo jurídico por la declaratoria de nulidad total o parcial (Legis, 2014).

1.1.12 Gratuidad de la actuación disciplinaria

El Artículo 17 de la Ley 1952 de 2019 señala que ninguna actuación procesal dentro del proceso disciplinario generará gastos para quien intervenga dentro del mismo, salvo el costo de las copias solicitadas por los sujetos procesales. No obstante, estos últimos tendrán derecho a recibir copia simple y gratuita de los autos interlocutorios, del auto de citación a audiencia y formulación de pliego de cargos, y de los fallos que se profieran tanto en primera como en segunda instancia (Congreso de la República de Colombia, 2019).

En virtud de lo referido por la Doctrina, el principio de gratuidad de la acción o actuación disciplinaria se materializa en el carácter público y popular que tiene la acción disciplinaria (Universidad Santo Tomás, s.f), sin embargo, una restricción para el ejercicio absoluto de esta garantía lo constituye el hecho de no ser sujeto procesal, como quiera que de conformidad con lo señalado en la Sentencia C-014 de 2004 “los sujetos procesales son el investigado y su defensor y el Ministerio Público cuando no es la

autoridad que conoce del proceso, ni ejerce la función de vigilancia administrativa” (Sentencia, 2004).

De esta manera, se tiene que el grado de intervención dentro del proceso es el que define el carácter gratuito de la actuación disciplinaria, como quiera que:

El investigado interviene en el proceso desde la indagación preliminar y hasta el fallo definitivo, puede solicitar pruebas, controvertir las decisiones que no le sean favorables interponiendo recursos ordinarios y extraordinarios, solicitar la revocatoria directa del fallo sancionatorio y acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar la legalidad de la actuación cumplida y del fallo emitido. Y el Ministerio Público, por su parte, interviene en defensa del orden jurídico del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. El quejoso, finalmente, es la persona que pone la falta disciplinaria en conocimiento de la autoridad y como no se trata de un sujeto procesal, su intervención se limita, como lo plantea el Procurador General de la Nación, a la presentación y ampliación de la queja, a la facultad de aportar pruebas y recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio.

De conformidad con lo anterior se aprecia como en el proceso disciplinario al quejoso no se le reconoce la calidad de sujeto procesal, como quiera que simplemente “se trata de la persona que pone en movimiento el aparato administrativo o judicial del Estado, con miras a la investigación de una falta disciplinaria y la sanción de los responsables” (Sentencia, 2007), por lo que sus facultades de intervención solo se limitan a la presentación y ampliación de la queja, al aporte de pruebas y a la apelación de la decisión de archivo de las diligencias y del fallo absolutorio, mas no a recurrir todas las

decisiones que se profieran en el proceso, ni a solicitar la revocatoria directa del fallo (Sentencia, 2007).

Esta limitación se justifica en la medida que dentro de los procesos disciplinarios no se vulnera un bien jurídico tutelado en específico que permita en materia penal, como ocurre con las víctimas, sino que existe es la comisión de una falta disciplinaria, que ha perturbado o quebrantado el ejercicio de la función pública, y por ende, no es posible legitimar a una persona para que intervenga en todas las etapas del proceso, manifestando que cuenta con un interés directo en los hechos y pretensiones del proceso.

1.1.13 Celeridad de la actuación disciplinaria

El Artículo 18 de la Ley 1952 de 2019 reza que: “el funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en este código”, lo cual se puede apreciar en todas las etapas del proceso, incluida la probatoria, donde aquella prueba que sea aportada de forma extemporánea no podrá ser tomada en cuenta, debido a que ha expirado el término procesal para tal efecto.

Así pues, la celeridad en la actuación disciplinaria parte de los presupuestos de “eficacia, economía y celeridad en la administración, vale decir es la prontitud en cada una de las actuaciones” (Universidad Santo Tomás, sf, pág. 60), por lo que en el caso de las pruebas extemporáneas solo se afecta la validez de dicha prueba, más aquello no conduce a que se decrete o declare la nulidad de todo el proceso.

Igualmente, el principio de celeridad de la actuación disciplinaria comporta el impulso procesal de oficio por parte del operador disciplinario en los términos previstos

por cada etapa, lo cual conlleva también que en ciertos procedimientos disciplinarios, como el verbal, el fallador pueda prescindir de determinadas etapas con que cuenta regularmente el proceso ordinario, con el fin de citar a audiencia de juzgamiento y agotar el procedimiento en menos tiempo para asegurar un trámite ágil, eficiente y transparente (Sentencia, 2010). En este punto, como bien lo ha esbozado la misma Corte Constitucional, el procedimiento verbal aplicará de forma estricta en reemplazo del procedimiento ordinario:

(i) “cuando el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta”, esto es, en caso de flagrancia o (ii) “cuando haya confesión” o (iii) “cuando la falta sea leve”; (iv) en casos de faltas gravísimas establecidos de manera taxativa en el artículo 48; (v) “en todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos” (Sentencia, 2010).

De esta manera se aprecia que de los impactos que ha tenido el principio de celeridad en los procesos disciplinarios, uno de los de mayor relevancia ha sido el de incorporar el procedimiento verbal, que reviste de la oralidad en los trámites y actuaciones del proceso, para lograr la obtención de una decisión disciplinaria más oportuna, ágil y transparente dentro del sistema disciplinario colombiano.

Por último, vale la pena destacar que el principio de celeridad al operar dentro de actuaciones tanto administrativas como judiciales obliga al cumplimiento irrestricto de los plazos, promoción, impulso y ejecución de todos los actos procesales de manera

oportuna, para que se dé cumplimiento efectivo al debido proceso, en este caso disciplinario, sin dilaciones injustificadas y en un plazo razonable (Quintero, 2015, pág. 23).

1.1.14 Motivación

El Artículo 19 de la Ley 1952 de 2019 indica que toda decisión de fondo deberá motivarse, no obstante, al hacer una referencia más exacta al concepto de la motivación, se encuentra que la misma yace o recae sobre una exposición argumentativa sobre lo que requiere el operador jurídico, en este caso el funcionario disciplinario, para fundamentar el diálogo de los entre él con los sujetos procesales, en aras de orientar el sentido del proceso, para adoptar una decisión (Guerrero & Pulido, 2011, pág. 6).

En ese sentido, como bien lo sostiene la doctrina, “la motivación se orienta a sustentar el diálogo procesal, que concluirá con la ejecutoria de la decisión de fondo (...) la motivación es una parte que formalmente contribuye a integrar el acto procesal, mientras que la argumentación es su propio contenido” (Guerrero & Pulido, 2011, pág. 4).

En materia disciplinaria, la motivación es un fundamento de legalidad de todos los actos administrativos que se adoptan al interior del proceso, en la medida que cuando se demuestra que las razones que fundamentaron el acto, como fuente del mismo, han sido distorsionadas, o no son reales o ciertas, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación (Sentencia, 2018).

En relación con la falsa motivación, se tiene que el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples sentencias, indicando que el control de legalidad a los fallos

disciplinarios proferidos por autoridades administrativas se ofrece respecto de los elementos que sirvieron al operador disciplinario para adoptar su decisión, entre las que se encuentra la valoración probatoria errónea o la incorporación al expediente de pruebas manifiestamente ilícitas o producidas con violación al debido proceso o las garantías fundamentales, lo cual hace que el sustento de la providencia esté viciada de nulidad; así pues lo ha dicho este Alto Tribunal:

Sobre la falsa motivación en materia disciplinaria, resulta pertinente indicar que si bien, con anterioridad, la jurisprudencia del Consejo de Estado había señalado que el control judicial de los procedimientos disciplinarios no se trata de una tercera instancia en la cual se pudieran practicar pruebas que no fueron pedidas en el procedimiento disciplinario y que sirvieron de sustento para la decisión en sede administrativa, se impone la valoración de las practicadas, para desentrañar si se presentó un defecto factico que amerite la anulación de los actos sancionatorios, puesto que si en el procedimiento disciplinario se burló el derecho de defensa o el debido proceso al encartado, aquel no tiene otro recurso distinto para demostrar tal vulneración (...) De encontrar comprobada la errónea valoración probatoria, se demuestra una falsa motivación, en tanto la realidad probada contraviene los supuestos facticos a los que hacen referencia los actos demandados, es decir, se desvirtúa la legalidad de los actos administrativos, que se presume, y se prueba la causal de nulidad, por falsa motivación, o por la vulneración de los derechos fundamentales del disciplinado (Sentencia, 2018)

Así mismo, la falsa motivación se configura cuando la fundamentación jurídica y/o fáctica del acto administrativo disciplinario no corresponde a la realidad por contener

circunstancias o explicaciones fraudulentas, malversadas, tergiversadas, o mentirosas, lo cual obliga a que la providencia sancionatoria se encuentre viciada de nulidad, como quiera que “la motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella deber obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable” (Sentencia, 2014).

En ese orden de ideas, la falsa motivación de los actos administrativos, incluidos los disciplinarios, acaece cuando:

- i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto, les ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen; y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión (Sentencia , 2016).

Por su parte, la Corte Constitucional también ha reconocido en sus sentencias el principio de motivación, a partir de la demanda mínima de racionalidad que debe garantizar la fundamentación de las decisiones disciplinarias, sin que se evidencie un simple capricho o arbitrariedad del operador disciplinario, ya que la legitimidad de su órbita funcional, así como la publicidad y la esencia de los motivos contenidos en las decisiones, es lo que permitirá la controversia del acto en otras instancias, si las hubiere (Sentencia, 2011).

De tal manera que, en materia disciplinaria “todas las decisiones interlocutorias y los fallos que se profieran en el curso de la actuación deberán motivarse” (Indumil, 2017,

pág. 46), como ocurre por ejemplo con el auto que decreta la apertura de la investigación disciplinaria; el que decreta la formulación de pliego de cargos; el que decreta pruebas; el que declara la terminación del proceso disciplinario y ordena el archivo definitivo de la investigación disciplinaria; o el fallo que adopta la decisión de fondo, sobre la declaratoria o exclusión de la responsabilidad disciplinaria.

1.1.15 Congruencia

El Artículo 20 de la Ley 1952 de 2019 dispone que “el disciplinado no podrá ser declarado responsable por hechos ni faltas disciplinarias que no consten en el auto de citación a audiencia y formulación de cargos, sin perjuicio de la posibilidad de su variación” (Congreso de la República de Colombia, 2019). En ese sentido, debe existir plena concordancia entre la imputación fáctica, jurídica y probatoria realizada en el pliego de cargo con relación al fallo disciplinario que se emite, como quiera que, para acceder a la investigación, rendir descargos, e impugnar las decisiones se requiere que los cargos estén identificados en debida forma.

En términos del Consejo de Estado (2016):

Tal es la relevancia del principio de congruencia, que su desatención puede dar lugar a la invalidación de la actuación, por violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción⁽¹¹⁾, es por ello que entre una y otra decisión debe haber consonancia y armonía y no puede ocurrir que se formule un cargo por una falta y el fallo disciplinario se emita atribuyendo una distinta a aquella que fue imputada en el pliego de cargos, dado que tal incongruencia redundaría en violación de los derechos previamente aludidos (Sentencia, 2016).

No obstante, el Artículo 229 de la Ley 1952 de 2019 permite la variación de los cargos, una vez agotada la fase probatoria, cuando el operador disciplinario advierte la existencia de error en la calificación de los mismos o una prueba sobreviniente que alterará su contenido, lo cual de conformidad con el principio de motivación señalado previamente, deberá indicar de manera justificada las causas reales de su modificación; y también, deberá ser notificada por estrados, ordenándose la suspensión de la audiencia de juzgamiento por un término de cinco días hábiles.

En este punto, vale la pena aclarar que como bien lo ha distinguido el Alto Tribunal Constitucional la variación de los cargos no puede ser en su totalidad, en la medida que no se puede atentar contra los derechos de defensa y contradicción del investigado, sometiéndolo de manera sorpresiva a una imputación completamente distinta al momento de la expedición de la sanción disciplinaria. De esta manera dicha Corporación ha referido lo siguiente:

En todo caso, incluso en el evento en que haya variación del pliego de cargos, siempre que se cumplan las formalidades que la ley exige para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción del implicado, ésta haría parte integral del pliego de cargos inicialmente formulado y las dos decisiones deberán estar en plena armonía y consonancia con el fallo disciplinario, so pena de declarar inválida la actuación por violación del debido proceso del disciplinado (Sentencia, 2016).

Así las cosas, se aprecia claramente como la transgresión del principio de congruencia entre el contenido del pliego de cargos formulado y el fallo contentivo de la decisión adoptada no solo acarrea la vulneración de principios como el debido proceso, el derecho de acceso a la investigación, el derecho de defensa y contradicción, y el

derecho a la impugnación de las providencias, sino también la nulidad del proceso en general por la existencia de vicios de legalidad que alteran tanto formal como materialmente el contenido de la imputación y del fallo (Consejo de Estado)(Sentencia, 2018; Sentencia, 2018), como quiera que una inadecuada orientación de la comisión de una falta en la formulación de un pliego de cargos, incluso desde los efectos que ofrecen la conducta y la descripción típica que de ella hace la norma, hacen que la falta imputada sea diferente, y por ende, conlleva a los descargos del investigado se presenten de manera distinta (Consejo de Estado) (Sentencia, 2016).

Lo cual, aunado a la doctrina, permite entrever que la variación de los cargos en la formulación del pliego respectivo para conducir las demás actuaciones disciplinarias, debe minimizarse al máximo, como quiera que en el caso de modificar una falta que había sido configurada a partir de una conducta culposa, a otra desde una conducta dolosa, implica que: “los argumentos de la defensa del sujeto disciplinable serán sustancialmente distintos a si dicha conducta se hubiere endilgado de manera culposa”, pues obliga a que “la defensa deba enfocarse en desvirtuar los elementos del dolo y no la inexistencia de la comisión de la falta” (Jiménez, 2018, pág. 18).

1.1.16 Cláusula de exclusión

El Artículo 21 de la Ley 1952 de 2019 señala que todas las pruebas obtenidas con violación a los derechos y garantías fundamentales serán declaradas “nulas” dentro del trámite disciplinario, y, por ende, tendrán que ser excluidas de todas las actuaciones procesales. Igualmente, las pruebas que justifiquen su existencia o deriven de las pruebas excluidas recibirán el mismo tratamiento (Congreso de la República de Colombia, 2019).

Vale la pena aclarar que la cláusula de que trata este artículo del Código Disciplinario Único, solo versa respecto de las pruebas ilícitas, es decir, aquellas que se obtienen o derivan de la trasgresión a derechos y garantías fundamentales; mas no a las pruebas ilegales, es decir, aquellas recaudadas de manera irregular, sin atender a los requisitos o especificidades legales que se establecen dentro del procedimiento probatorio.

Así mismo, la doctrina ha señalado que todas las pruebas provenientes de aquellas pruebas que han sido declaradas como ilícitas, por haber vulnerado derechos y garantías fundamentales, tampoco podrán ser tenidas en cuenta dentro del proceso disciplinario:

Es así que lo obtenido directamente tras la violación de los derechos fundamentales es nulo de pleno derecho y queda por fuera del cualquier especulación sobre la aplicación de la teoría de los “frutos del árbol envenenado” en cuanto a su inadmisibilidad, como ocurre con lo obtenido como consecuencia de esta, en EEUU se ha seguido con la línea restrictiva, al igual que en España y han sido objeto de movimientos pendulares a partir de posiciones más garantistas a una posición más cercana al tiempo, y ciertamente de posición restrictiva (Merchán, 2016, págs. 17-18).

No obstante, este principio reconoce tres excepciones a la regla general: La fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable. La fuente independiente hace alusión a aquella prueba que, si bien pudo haber sido obtenida en su momento de una prueba ilícita, ha perdido su nexos causal con la misma, bien sea porque fue obtenida por otro medio legal independiente concurrente sin que mediara la

prueba ilícita (Ferreira & Rodríguez, 2015, pág. 15) o también porque debido al paso del tiempo dicha prueba adquirió su propia relevancia y, por ende, se consolidó como plena prueba dentro del proceso (Merchán, 2016, pág. 18). El vínculo atenuado consiste en la proximidad que existe entre la prueba ilícita y la legalmente obtenida, la cual desde que sea reconocida por el afectado de manera libre y voluntaria, por medio de un interrogatorio de parte es convalidada; lo mismo ocurre, si ha pasado mucho tiempo entre la obtención de la prueba que se considera lícita, derivada de la prueba ilícita; o si existe alguna otra prueba que permita el saneamiento de la prueba derivada de la ilícita, como ocurre con el caso de un testigo declarado y reconocido como sospechoso a quien se le brindan u otorgan todas las garantías para recepcionarle su testimonio (Merchán, 2016, pág. 18). El descubrimiento inevitable, implica que las pruebas, bien fuera de manera clandestina, sin el lleno de los requisitos legales; o de manera pública, con el cumplimiento de todas las exigencias de ley, hubiera sido obtenida, pues al probar que, de la elección de uno u otro camino para su recolección, de todas formas, su adquisición habría sido posible, se extingue el vicio que hubiese acarreado su nulidad (Ferreira & Rodríguez, 2015, pág. 16)

Por su parte, la jurisprudencia constitucional colombiana también ha ratificado las excepciones de la cláusula de exclusión, tomando como referente o fundamento procesal, la jurisdicción penal ordinaria, en la cual por el debate probatorio tan álgido que se suscita al interior de su campo, merece o vale la pena la incorporación efectiva de dichas cláusulas dentro del proceso, las cuales a su vez aplican al proceso disciplinario, bajo el principio *mutatis mutandi* (Legis, 2018):

Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito (Sentencia, 2005).

A partir de lo anterior, también ha sido claro para el Alto Tribunal Constitucional e incluso para otras Altas Cortes, como la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal que cuando se trate de pruebas que han sido obtenidas por medio de violación a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, como en casos de crímenes de lesa humanidad donde hubo configuración de actos de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, la prueba debe excluirse de manera definitiva, y por ende, decretar la nulidad del proceso por existir en este evento un vicio insubsanable que proviene de la transgresión de los derechos y las garantías del individuo, lo cual compromete a su vez la imparcialidad del juez, si la había tenido en cuenta para adoptar la decisión contenida dentro del fallo (Auto Intelocutorio, 2012).

1.2 Principios Generales de la Potestad Administrativa Disciplinaria en España

La potestad administrativa disciplinaria en España se fundamenta en principios constitucionales y jurisprudenciales del derecho penal, aunque su aplicación se hace de forma morigerada teniendo en cuenta que el derecho penal reviste un mayor carácter punitivo en comparación al derecho administrativo sancionador (Cruzado, Raúl, 2014, pág. 23). En ese sentido, vale la pena destacar que en el ordenamiento jurídico español no existen principios propios del derecho disciplinario que rijan el ejercicio de esta potestad, ni tampoco su procedimiento, por lo que basados en el Artículo 127.1 de la LRJPAC, el legislador estatal o autonómico otorga la potestad sancionatoria a la administración, para que ella misma de forma inherente a su organización ejecute la potestad disciplinaria, puesto que el apartado 3 del mismo Artículo 127 de la LRJPAC ha señalado que “Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes están vinculadas a ellas por una relación contractual” (Cruzado, Raúl, 2014, pág. 24).

En ese orden de ideas, retomando la naturaleza jurídica del derecho disciplinario en España, se tiene que la misma nace de la potestad administrativa sancionatoria con que cuenta el Estado, como especie de su *ius puniendi*, al que le son aplicables los principios constitucionales que derivan del Artículo 25 de la Constitución Española y también de los principios jurisprudenciales del derecho penal, aunque sea de forma moderada, modulada o matizada en la medida que:

En el ejercicio de la potestad disciplinaria, además la jurisprudencia ha señalado que existe algún matiz más respecto del derecho administrativo sancionador que debe tenerse presente, y es con respecto a los principios de legalidad y de non bis in ídem; en el caso del principio de legalidad se ha señalado que en las relaciones de sujeción especial puede establecerse las infracciones en una norma de carácter reglamentario; y en el caso del principio de non bis in ídem, el cual rige plenamente en el derecho penal respecto al derecho administrativo sancionador, el mismo tiene una particular interpretación en el derecho disciplinario porque se ha entendido en muchas ocasiones que el fundamento de la sanción disciplinaria es distinta (a la penal o administrativa) y por ello no existe la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento para que pueda aplicarse dicha prohibición del bis in ídem (Cruzado, Raúl, 2014, pág. 25).

En relación con lo anterior, es importante señalar que el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), en su artículo 94 refiere como principios aplicables a la potestad sancionatoria: Legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones; irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables; de proporcionalidad tanto en la clasificación de las infracciones y sanciones como en su aplicación; culpabilidad y presunción de inocencia (Cruzado, Raúl, 2014, pág. 27).

En España, el ofrecimiento de garantías para estructurar el proceso disciplinario tanto en su forma como en su aplicación, reviste de unos principios consagrados específicamente en el Real Decreto Legislativo 5 del 30 de octubre de 2015, que aprobó

el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, el cual desde el artículo 94 señala que la potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos.
- b) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor.
- c) Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación.
- d) Principio de culpabilidad.
- e) Principio de presunción de inocencia (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2015, p. 46)

En ese sentido, como se presentará a continuación, estos principios han sido desarrollados a partir de una base teórica, epistemológica y dogmática clara. De manera que, su aplicación jurisprudencial está basada en el apoyo de la doctrina sentada por autores como Ramón Parada y Jesús Fuentetaja (2019), que de la mano con Francisco García Gómez de Mercado (2017), Alejandro Nieto (2018), entre otros; han soportado la esencia en el contenido de estos principios, para su correcta aplicación por parte de los operadores disciplinarios españoles.

1.2.1 Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones

La legalidad en términos generales o en sentido amplio, implica la consagración legal de las infracciones y sanciones disciplinaria, en aras de evitar discrecionalidades del operador disciplinario en la atribución de faltas e imposición de sanciones a los servidores públicos. En ese sentido, como bien lo señalan Parada y Fuentetaja (2019):

La reserva de ley vuelve a erigirse en este ámbito específico de la Función Pública como una garantía de los funcionarios en la medida en que solo podrán ser sancionados por conductas que, primero, deben estar tipificadas y, segundo, que sean tipificadas por la ley. Se priva, así, a la Administración de la posibilidad de configurar libremente el régimen disciplinario, atenuando la fundamentación de este en los fines organizativos de la Función Pública y radicándolo en el principio democrático, cuya máxima expresiones la ley, como garantía de los derechos subjetivos de los funcionarios, que quedan al abrigo de la discrecionalidad administrativa en su vertiente normativa (p. 535).

En palabras de Alejandro Nieto (2018), en un comienzo el principio de legalidad ha sido desligado del principio de tipicidad, en el entendido que el mismo se ha empleado para referirse solo a la atribución de una competencia a una autoridad preexistente para su ejercicio. No obstante, este reconocido autor del derecho español, considera que la posición actual de Tribunales, como el Constitucional o el Supremo, es acercada, en la medida que acercan más este principio a la doble garantía “de reserva legal y de tipicidad” (p. 178), siendo claro que la primera va de la mano con la segunda, puesto que la “ley queda materialmente referida a unos contenidos determinados” (p. 179), que han sido regulados de forma preexistente por el legislador.

Lo anterior, se comparte igualmente por autores como García Gómez de Mercado (2017), quien sustenta el principio de legalidad en la reserva de ley, desde el artículo 25 de la Constitución Española cuando señala que “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” (p. 19). De manera que, solamente las infracciones administrativas que se encuentren previamente reseñadas en la ley son las que pueden ser objeto de sanción, en el marco de una doble garantía:

La primera de orden material y alcance absoluto, se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; la segunda, de carácter formal, aunque relativizable en el orden sancionador administrativa, de la exigencia de reserva de Ley en materia sancionadora (p. 20).

Así las cosas, este principio de legalidad tiene relación directa con la tipicidad de las faltas y sanciones, en la medida que comporta la realización de un proceso sancionatorio, como el disciplinario, por una autoridad preexistente pero en el marco de un conjunto de postulados normativos previos, que debidamente regulados por el legislador, constituyan infracciones, como las disciplinarias en el ámbito administrativo, de cara a la imposición de una sanción que esté también referida con antelación en la ley.

El principio de legalidad en el procedimiento administrativo disciplinario en España, comprende una doble garantía, tanto material como de alcance absoluto, que contemplan la existencia de una ley preexistente (*lex previa*) que permita aseverar en su contenido (*lex certa*) aquellas conductas infractoras del correcto funcionamiento de la

función pública y las sanciones correspondientes por su consumación; y la exigencia parcial de una norma de rango legal, que le otorgue validez al ejercicio de la potestad sancionatoria a la administración (Sentencia, 2005).

Es así como el Tribunal Supremo de España, en sentencia del 26 de septiembre de 1973, reconoció que el:

Ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa presupone la existencia de una infracción para lo cual es indispensable que los hechos imputados se encuentren precisamente calificados como faltas en la legislación aplicable, porque en materia administrativa, como en la penal, rige el principio de la legalidad, según el cual sólo cabe castigar un hecho cuando esté concretamente definido el sancionado y tenga marcada a la vez la penalidad (Nieto, 1994, pág. 252).

Este principio comporta la atribución previa de potestades a una autoridad para ejercer el control disciplinario, por lo que como bien lo sostiene Cruzado (2014):

El principio de legalidad aplicable a la Administración se manifiesta en la atribución de facultades de actuación, definiendo diligentemente sus límites, apoderando y habilitando a dicha Administración para su acción; para lo cual se le confieren potestades jurídicas, es decir, para que pueda actuar la Administración, es necesario que toda función administrativa se presente como ejercicio de un poder atribuido, previamente por la Ley (págs. 246-247).

En el derecho disciplinario español, este principio desarrolla o fundamenta la aplicación de otros principios como el de irretroactividad, tipicidad y proporcionalidad. Así

pues, el principio de legalidad determina la imposición de sanciones previa tipificación de los hechos como infracción antes de su consumación, y tales sanciones debieron ser contempladas también antes de la ocurrencia de los hechos, por lo que “la exigencia de legalidad abarca tanto a las conductas constitutivas de infracción como al catálogo de sanciones” (Guillamón Fernández, Et Al., 2016, pág. 93)

Ahora bien, en aras de dar un alcance más práctico de este principio a la luz del derecho español, se tiene que el numeral 2 del Artículo 94 del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), refiere el principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, en el marco de las faltas muy graves, graves y leves que señala el Artículo 95 de la misma normatividad. No obstante, las únicas faltas que se enuncian de forma taxativa son las consagradas por el numeral 2 del mismo artículo 95, a saber:

- a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública;
- b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo;
- c) El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas;
- d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos;
- e) La publicación o utilización indebida de la documentación o

información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función;

f) La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido; g) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas; h) La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito; i) La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico; j) La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro; k) La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales; l) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga; m) El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga; n) El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad; ñ) La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas; o) El acoso laboral; p)

También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en ley de las Cortes Generales o de la asamblea legislativa de la correspondiente comunidad autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2015).

En virtud de esta situación, lo que se aprecia es que solo las faltas muy graves son catalogadas como taxativas, en tanto que las faltas graves se configuran por

remisión a las leyes que dispongan las Cortes Generales o la Asamblea Legislativa de la correspondiente comunidad autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, en atención las circunstancias que se señala el numeral 3 del Artículo 95 del EBEP: a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad; b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos; c) El descrédito para la imagen pública de la Administración (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2015). Y, por último, las faltas leves tendrán su desarrollo en el marco remisorio que se haga a las leyes de la función pública que incorporen, regulen y reproduzcan el contenido de las circunstancias referidas previamente (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2015).

Igualmente, como bien lo refiere Quintana López (2009) las sanciones disciplinarias se encuentran referidas directamente en el numeral 1 del Artículo 96 del EBEP sin perjuicio de las que la ley pueda señalar taxativamente “razón por la cual tanto en el caso de la tipificación directa por el propio estatuto básico, como de tipificación por ley estatal o autonómica, se cumplen con todo rigor los principios de legalidad y de tipicidad” (pág. 336). De esta manera se aprecia que el contenido tanto de las faltas como de las sanciones disciplinarias está suscitado en su forma al interior el EBEP, a pesar de que en el fondo varias de las conductas consideradas como reprochables a la luz del derecho disciplinario y múltiples sanciones al respecto se encuentran estipulados en otros ordenamientos jurídicos, por remisión del mismo EBEP.

En ese orden de ideas, estando de acuerdo como bien lo refieren Guillamón Fernández, Barajas Rodríguez y Acale Sánchez (2016):

El catálogo de infracciones graves no se señala, aunque se tasan los criterios en los que posteriormente, la ley estatal o autonómica o los convenios colectivos para el personal laboral vengan a concretarlas (...) Con esta técnica se evita violar el principio de legalidad, aunque no se gana en seguridad jurídica (pág. 94).

Esta aseveración encuentra asidero igualmente en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 29 de marzo de 1990, en la cual se señaló que, si bien se pueden relativizar principios sin riesgo de suprimirlos, siempre se deberá exigir en el campo del derecho administrativo sancionatorio, el cumplimiento de requisitos constitucionales como legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano (González, 2010, pág. 78).

La anterior manifestación confirma lo expuesto antes, acerca de la taxatividad parcial que se hace de las faltas y sanciones disciplinarias en el Estatuto Básico del Empleado Público, dado que, en el caso de infracciones graves y leves, así como sanciones disciplinarias, su contenido de obtiene de la remisión que se hará a otras normas que sobre función pública refieran los temas.

1.2.2 Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor

Este principio que se encuentra regulado desde los artículos 9 y 25 de la Constitución Española, comporta la no aplicación de una norma anterior para el investigado disciplinariamente, que lo desfavorezca y le imponga una sanción más gravosa, en comparación con la norma actual o vigente. No obstante, como bien lo refieren Parada y Fuentetaja (2019):

Cuestión diferente es la retroactividad de las normas sancionadoras favorables, que el Tribunal Constitucional deduce *sensu contrario*, no del art. 25.1, sino del propio art. 9.3 (SSTC 8/1981, de 30 de marzo [RTC 1981, 8], razón por la cual esta cuestión queda excluida del recurso de amparo (STC 85/2006, de 27 de marzo [RTC 2006, 85] (p. 539).

Así pues, este principio comporta dos características:

La primera que versa sobre 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, de conformidad con lo previsto en el numeral tercero del Artículo 9 de la Constitución Española; así como la no sanción por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan falta o infracción administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral primero del Artículo 25 del mismo texto constitucional (Congreso de los Diputados, 1978).

La segunda, la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, lo cual aplica por interpretación del Tribunal Constitucional desde que la Sentencia “STC 8/1981, de 30 de marzo, haya interpretado el artículo 9.3 del texto constitucional *a contrario sensu* reconociendo la retroactividad de la ley penal favorable” (Quintana, T., 2009, págs. 336-337); posteriormente la actual Ley 40 del 01 de octubre de 2015, por medio de la cual se regula el Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 26, recoge este principio, indicando para tal efecto que “serán de aplicación las disposiciones

sancionadores vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa”, no obstante “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción” (Jefatura del Estado, 2015); y finalmente, el literal b) del numeral segundo del Artículo 94 del Real Decreto Legislativo 5 del 30 de octubre de 2015, por medio del cual se aprueba la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, refiere este principio como fundamento rector aplicable al ejercicio de la potestad disciplinaria (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2015).

El principio de irretroactividad de las normas desfavorables ha sido reconocido claramente por Convenios Internacionales, como el europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. No obstante, el principio de retroactividad de las normas favorables al presunto infractor viene apenas siendo reconocido en el derecho sancionatorio, pues algunos autores como Alejandro Nieto (2019) cuestionan su uso o aplicación, por cuanto:

El fundamento de la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables es la *seguridad jurídica*, puesto que se considera inícuo castigar a alguien por algo que en el momento de realizarse la acción era lícito. **En cambio**, el fundamento de la retroactividad de las normas sancionadoras favorables es la *igualdad*, puesto que se considera inícuo castigar de distinta manera a quienes han cometido la misma infracción (negrita fuera de texto) (p. 203).

De esta manera, se aprecia que frente a la aplicación del principio de irretroactividad de las normas desfavorables hay completa procedencia y claridad, en tanto que en relación con la aplicación del principio de retroactividad de las normas favorables, toda vez que este último además de apenas tener una consagración de rango legal, puede producir alteraciones, quebrantamientos o disturbios en la seguridad jurídica de las decisiones estatales, por falta de regulación en lo que respecta a sus límites temporales.

1.2.3 Proporcionalidad tanto en la clasificación de las infracciones y sanciones como a su imposición

Este principio del derecho aplicable al derecho sancionador, establece que las sanciones administrativas, sean de origen o no pecuniario, nunca podrán implicar de forma directa o subsidiaria la privación de la libertad del sancionado. Así mismo, la sanción impuesta deberá observar criterios de idoneidad y necesidad, aunados a la adecuación de la misma por gravedad del hecho constitutivo de la infracción. Por lo de esta manera, la sanción aplicada deberá atender a los siguientes criterios, que han sido dispuestos por el numeral tercero del Artículo 29 de la Ley 40 del 01 de octubre de 2015:

- a) El grado de culpabilidad o existencia de intencionalidad; b) La continuidad o persistencia de la conducta infractora; c) La naturaleza de los perjuicios causados;
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa (Jefatura del Estado, 2015).

En ese sentido, haciendo una remisión expresa a lo dispuesto por el Artículo 95 del Estatuto Básico del Servidor Público, se observa como el principio de proporcionalidad aplica respecto de las circunstancias que configuran la comisión de las faltas graves y leves, cuando el “legislador estatal, los autonómicos y las partes negociadoras de los convenios colectivos” (Quintana, T., 2009, pág. 337) se encuentran habilitados para tipificar la infracción, como son: “a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad; b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos; El descrédito para la imagen pública de la administración” (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2015)

Así mismo, al revisar el catálogo de sanciones con que cuenta el Artículo 96 del mismo Estatuto, se observa que dependiendo del tipo de falta cometida (muy grave, grave o leve), así mismo se impondrá la sanción, de esta manera se aprecia lo siguiente:

- Faltas muy graves, implican la separación del servicio de los funcionarios, incluidos los funcionarios interinos a quienes se les revocará su nombramiento; también pueden conllevar el despido disciplinario del personal laboral y su inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las ya desempeñadas.
- Faltas graves o leves, implican la suspensión firme de funciones o de empleo y salario en el caso del personal laboral hasta de 6 años; traslado obligatorio con cambio o no de residencia, por el periodo que se establezca en cada caso concreto; demérito, que significa la penalización de los derechos de carrera, tales

como promoción, movilidad o traslado voluntario; apercibimiento, que corresponde a una advertencia de imponer una sanción a futuro por la comisión de una falta reiterada; o cualquier otra que establezca la ley (Jefatura del Estado, 2015).

Igualmente, vale la pena agregar que como bien lo dispone ese mismo artículo “el alcance de cada sanción se establecerá, teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación” (Jefatura del Estado, 2015), por lo que estas aseveraciones confirman que las sanciones disciplinarias, además de graduarse conforme al tipo de falta (muy grave, grave o leve), también revisten una adecuación propia conforme a los criterios que señala la misma ley.

Este último aspecto, relacionado con la adecuación de la sanción conforme a criterios propios, puede constituir un problema a la luz de lo expuesto por Tomás Quintana (2009), toda vez que:

Sitúan al operador jurídico, sea la propia administración o los órganos judiciales ejerciendo el control correspondiente, en la difusa línea divisoria que se abre entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa, línea que no es fácil de precisar en la práctica pese a los esfuerzos realizados por la doctrina. En todo caso, a nuestro juicio, tratándose del ejercicio de la potestad disciplinaria, el control judicial que se realice sobre lo actuado por la

Administración atendiendo a los criterios legales de proporcionalidad, no debería obviar el hecho de la vinculación del empleado público a la entidad, siempre que la resolución, tratándose, además, de un puro acto de gravamen, esté especialmente motivada (págs. 337-338).

Así las cosas, este principio debe ser tenido en cuenta al momento de tipificar las infracciones disciplinarias, pero también al momento de atribuir las sanciones correspondientes; y, por último, al momento de establecer la relación entre las infracciones con las sanciones (Ramón Parada y Jesús Fuentetaja, 2019), sobre todo en lo que respecta a la graduación de estas últimas. Lo que en palabras de Suay (2019) “la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción” (antes, “la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada” (p. 3).

1.2.4 Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad comporta el carácter doloso o culposo de la conducta desplegada por el agente o servidor público, que evidencia el incumplimiento de sus deberes, por lo que como bien lo señala Tomás Quintana (2009):

La diligencia con que está igualmente obligado a cumplir sus deberes, tanto el funcionario como el contratado laboral, tiene la virtualidad de modular la aplicación del principio de culpabilidad, lo que conduce a un debilitamiento de las circunstancias exculpatorias de la responsabilidad de los mismos. En definitiva, a

los empleados públicos se les debe considerar responsables de los hechos tipificados como faltas en la medida en que pueda advertirse dolo, culpa o falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes, con independencia de que, una vez apreciada la responsabilidad, la sanción a imponer deba graduarse aplicando, además los criterios que establece el Artículo 96.3 EBEP, especialmente el grado de intencionalidad (págs. 321-359).

Ahora bien, vale la pena aclarar que actualmente el principio de culpabilidad como eje rector de la potestad disciplinaria en España, se encuentra consagrado en el literal d) del Artículo 94 del Estatuto Básico del Empleado Público-EBEP, el cual recoge esa existencia de intencionalidad que tuvo el servidor público para cometer una infracción a un deber u obligación contenido dentro del régimen de faltas disciplinarias, como una forma de “reprochabilidad o capacidad de motivación por la norma, a pesar de que tampoco está expresamente reconocida por la LRJAPPAC” (Guillamón Fernández, Et Al., 2016, pág. 102).

Este principio también encuentra sustento en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, donde se dispuso que el principio de culpabilidad rige igualmente “en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del Derecho Punitivo del Estado, resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa” (Sentencia, 1999).

Así mismo, este principio permite establecer el grado de culpabilidad que tienen los autores, inductores y encubridores de una conducta, pues como bien lo expresa Guillamón Fernández, entre otros autores (2016):

La sanción que le corresponda al inductor será la misma que la del autor, mientras que la responsabilidad del inductor se limita a los casos de faltas consumadas muy graves o graves, solo si de las mismas se deriva un daño “grave” para la Administración o los ciudadanos. En puridad de principios, cabe entender que siempre que se afecte a la Administración, se está también afectando a los ciudadanos. Quizás lo que el precepto quiere señalar más que cualquier ciudadano es que se trate de un ilícito que haya dañado particularmente a una persona. Particular relevancia tiene la responsabilidad de todos esos sujetos por comportamientos omisivos. En este sentido, será considerado sujeto activo de una infracción no solo el autor material, y quien le hubiera inducido o encubierto, sino también quien, teniendo obligación de actuar, no haya impedido que el autor siguiera cometiendo el ilícito (por ejemplo, detectada un uso irregular de dinero, el Gerente no hace nada por evitarlo). La vía de la responsabilidad administrativa en comisión por omisión puede abrir las puertas del derecho sancionador considerablemente” (págs. 103-104).

En consecuencia, el principio de culpabilidad tendrá que considerar si el tipo de falta cometida por el servidor público fue a título de dolo o culpa, para enmarcar esta tipología o clasificación dentro de las causales de graduación de las sanciones

disciplinarias, dentro de las cuales se destacan principalmente tanto la intención de cometer la falta como la modalidad de intervención, puesto que “lo importante en el contexto (...) es el desvalor de acción, más que el de resultado” (Guillamón Fernández, Et Al., 2016, pág. 104), en atención a criterios de diligencia debida, buena fe, error y solidaridad (Cano, T. 1995).

Lo anterior, deja claro que el régimen disciplinario en España proscribiera cualquier tipo de responsabilidad objetiva, en el marco de la exigencia comprobada de “dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia” (Ramón Parada y Jesús Fuentetaja, 2019, p. 541), por parte de la ley, e incluso, por parte de autoridades judiciales, como el Tribunal Constitucional Español (STC 164, 2005), el cual ha considerado necesario e imprescindible adoptar una motivación específica en torno al dolo o culpa de la conducta del funcionario, para que a partir de los elementos contundentes de prueba, se imponga la sanción a que hubiere lugar.

1.2.5 Presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia se encuentra contemplado en el literal e) del Artículo 94 del Estatuto Básico del Empleado Público-EBEP, el cual rige para los procesos disciplinarios como un derecho que tiene “toda persona a no confesarse culpable y no declarar contra sí mismo” (Delgado, M. J., 2008, pág. 22), lo cual encuentra su ámbito de aplicación, especialmente en el campo de la actividad probatoria, cuando el mismo Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 92 de 1987 “que para desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria producida con las

garantías procesales que de alguna forma puedan entenderse a cargo y de la que se pueda deducir, por tanto la culpabilidad del procesado” (Delgado, M. J., 2008, pág. Ibídem), y posteriormente en la STC 33/1992, que “la sentencia condenatoria tiene que fundamentarse en auténticos actos de prueba para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del hecho punible como en todo lo atinente a la participación que tuvo el acusado” (Delgado, M. J., 2008, pág. 23).

En ese sentido, se tiene que autores como Garberí Llobregat (2003) señalan que la presunción de inocencia si se garantiza en los procedimientos disciplinarios en la medida que la jurisprudencia constitucional así lo ha expuesto en las Sentencias “105/1988,212/1990,23/1995,45/1997,131/1997, 153/1997,49/1999, entre otras” (pág. 72), además el Artículo 137 de la derogada Ley 30 de 1992⁷ (González, J., 2015), señalaba que la presunción de inocencia aplica a los procedimientos sancionadores, a partir del respeto que se debe tener por la presunción de la no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario, lo cual en la práctica se configura con la necesidad de acreditar la culpabilidad mediante una actividad probatoria de cargo, la exclusión de las pruebas de valoración prohibida, o el valor limitado de la prueba testifical de referencia o del testimonio de los coimputados (Garberí, J., 2003, págs. 72-77).

⁷ Derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Por otra parte, autores como Ortega Maldonado y García Atra (2018) destacan que en virtud de la Ley del Régimen Jurídico de las Actuaciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, a partir de su artículo 137 “los procedimientos sancionadores deben respetar la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa, mientras no se logre demostrar lo contrario” (Ortega, J. M. & García, L. J., 2018, pág. 142), además de la relevancia que el testimonio verbal y escrito de los funcionarios tiene en materia probatoria, frente a los hechos objeto de investigación, por lo que la potestad de decisión la tienen los poderes públicos “a través de sentencia condenatoria o resolución administrativa sancionatoria, y que esta debe ser disfrutada en todo momento hasta que logre desvirtuarse” (Ortega, J. M. & García, L. J., 2018, pág. Ibídem).

De esta manera se puede decir que el principio de presunción de inocencia, comporta la certeza de dolo o culpa que le yace al servidor público, en lo que respecta al proceso disciplinario, por lo tanto, si no se demuestra su culpabilidad se parte de la presunción de este principio para que el operador administrativo se abstenga de sancionarlo disciplinariamente, y en ese sentido, en el evento que dicha garantía llegue a ser vulnerada por medio de una decisión arbitraria o caprichosa que no asegure la responsabilidad disciplinaria del investigado, se puede acudir al recurso de amparo, como forma de alegar la protección del mismo en esta esfera del derecho administrativo sancionador.

Así las cosas, este principio general del derecho sancionatorio, aplicable de forma específica al derecho disciplinario español, comporta la necesidad de “adopción de cualquier resolución o conducta de las personas de cuya apreciación derive un resultado sancionador o limitativo de sus derechos” (Ramón Parada y Jesús Fuentetaja, 2019, p. 541), bajo un esquema claro de reproche, asignación de carga de la prueba en cabeza del ente investigador o acusador y valoración probatoria específica, pues nadie está obligado a probar su propia inocencia.

1.3 Reflexiones finales de capítulo

El presente capítulo de investigación denota la importancia de la principialística en el derecho disciplinario, para lo cual se resaltaron las características propias, específicas y particulares de los principios que integran el derecho sustancial o material y procesal o procedimental en la materia.

De esta manera, se puede rescatar la similitud, la coherencia y la concordancia que existe entre algunos principios del derecho disciplinario colombiano con relación al derecho disciplinario español, destacándose principalmente el de legalidad, proporcionalidad de las sanciones disciplinarias, favorabilidad o retroactividad de las normas favorables, culpabilidad y presunción de inocencia.

En ese sentido, el derecho disciplinario español está regido por unos principios más concretos y específicos en relación con el derecho disciplinario colombiano, aunque su fundamentación es similar al derecho disciplinario nuestro, como quiera que la

tipicidad de las faltas y sanciones cobijadas por el principio de legalidad; al igual que la irretroactividad de las disposiciones normativas que consagran sanciones desfavorables y retroactividad de las disposiciones normativas que contemplan sanciones favorables; la proporcionalidad en la determinación de la falta o infracción y en la imposición de la sanción respectiva; el estudio de la culpabilidad, a título de dolo o culpa; y la presunción de inocencia, están presentes en ambos ordenamientos jurídicos.

No obstante, dadas las particularidades propias del derecho disciplinario en Colombia, que rescata su naturaleza autónoma e independiente de otras áreas del derecho, como se verá en el próximo capítulo de investigación, es claro que el conjunto de postulados o fundamentos axiológicos que integran los principios en este ámbito son mucho más amplios, regulados y garantistas en la medida que transversalizan todo el proceso disciplinario, desde sus formas o estructuras, pasando por todo el procedimiento, hasta la adopción de una decisión final ejecutoriada y en firme; tal y como sucede, acontece u ocurre con los principios de ilicitud sustancial, derecho a la defensa, debido proceso, investigación integral y cosa juzgada, que son propios del derecho disciplinario colombiano y su aplicación se hace de manera directa dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Capítulo II

Estructura Actual del Derecho Administrativo Disciplinario en Colombia y su análisis en el Derecho Comparado con España

Introducción

El Derecho Disciplinario constituye una expresión del “Ius Puniendi” del Estado, definido como aquel “poder que ostentan las autoridades, no solo penales, sino también administrativas, para el adecuado funcionamiento del aparato estatal” (Ramírez, 2015). Tal poder, nace de la necesidad de controlar la actividad de las autoridades que tiene a cargo el Estado, como quiera que, en razón al aumento de funciones del Estado por su carácter intervencionista, se requiere adoptar medidas correctivas y disciplinarias que repriman las acciones u omisiones catalogadas como infracciones administrativas. En el caso del Derecho Disciplinario, se tiene que la finalidad primordial de las sanciones disciplinarias es:

Salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos”. Y se manifiesta en “la potestad de los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios, con el propósito de preservar los principios que guían la función administrativa señalados en el artículo 209 constitucional (moralidad, eficiencia, celeridad, igualdad, economía, imparcialidad y publicidad”. Aunque nada impide que se pueda sancionar disciplinariamente a particulares que cumplen funciones públicas o a profesionales que tienen determinados deberes especiales (Ramírez, 2015).

En ese sentido, a tono con lo expuesto anteriormente se tiene que en Colombia la titularidad de la potestad disciplinaria recae en el Estado (López, 2014), sin embargo, la misma es otorgada a autoridades disciplinarias jurisdiccionales y administrativas, por mandato o disposición de los Artículos 257A y 277 contenidos en la Constitución Política de 1991, las cuales se encuentran actualmente en cabeza de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y la Procuraduría General de la Nación.

En el caso de España como se apreciará más adelante, el ejercicio de la potestad disciplinaria forma parte del derecho administrativo sancionador y está a cargo de los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario, en el marco de lo señalado por el numeral 2 del Artículo 25 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del sector público. Así pues se encuentran que dentro de la administración del Estado es a los Ministros, a quienes les corresponde sancionar con separación del ejercicio del cargo a aquellos servidores públicos que cometen faltas muy graves, al tenor de lo previsto por el Artículo 61 de la misma normatividad; a los delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, a quienes les corresponde ejercer la potestad sancionadora al interior de dichos entes territoriales autónomos (Art. 73 L. 40, 2015); y a los subdelegados del Gobierno, les corresponde ejercer la potestad sancionadora en las Provincias (Lit. f), Art. 75 L. 40, 2015).

Así pues, en estricto sentido, el artículo 94 del Real Decreto Legislativo 5 de 2015, señala que las administraciones públicas, dentro de las que se encuentran los ayuntamientos, las comunidades autónomas, entre otros organismos de control disciplinario, son las que deberán adoptar las decisiones para corregir las faltas o infracciones disciplinarias desplegadas por el personal de servicio que tiene a su cargo,

sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal derivada igualmente de las mismas. No obstante, de esta normatividad se destaca especialmente el artículo 6, que otorga la potestad a las Cortes Generales y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de legislar los asuntos que regulan la función pública de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas (Real Decreto Legislativo 5, 2015).

De esta manera, este capítulo de investigación dará lugar al desarrollo de cada una de las categorías dogmáticas que integran el derecho disciplinario en ambos países y distinguen la naturaleza jurídica de esta área del derecho dentro de los dos Estados, junto con la presentación de unas reflexiones finales del texto en términos generales, que refiere las conclusiones en torno al análisis de cada uno de los acápites expuestos.

2.1. Fundamentación dogmática del Derecho Disciplinario como Rama Autónoma e Independiente del Derecho en Colombia

El Derecho Disciplinario, constituye una parte del Derecho Administrativo Sancionador, y se concibe como aquella potestad que tiene el Estado para sancionar a sus propias autoridades o agentes en el marco de la función pública. En ese sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-341 de 1996 señala que el Derecho Disciplinario:

Comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo (1996).

Con base en esta definición que trae la jurisprudencia constitucional en materia de derecho disciplinario, se encuentra que el propósito de esta área del derecho es conducir las actuaciones de los servidores públicos o particulares que tienen a cargo el cumplimiento de funciones públicas, en el marco de la legalidad, rectitud, transparencia, eficacia, eficiencia y moralidad estatal.

Este ejercicio de la potestad disciplinaria encuentra su fundamento en el ius puniendi del Estado (Sentencia, 2005), dado que cuando se despliegan conductas que son contrarias a la ley, el Estado mismo debe encargarse a través de entidades, órganos y autoridades, de investigar y sancionar a las personas que incurrieron en dichas faltas. En ese orden de ideas, en el caso del Derecho Disciplinario lo que se enmarca es una situación o comportamiento reprochable a la luz de la función pública, propiciado por un agente o autoridad pública, que genera una perturbación al deber funcional de las instituciones o procesos que tiene a cargo, por lo que el mismo Estado haciendo uso de la titularidad de la acción disciplinaria, otorga la competencia a ciertos funcionarios u órganos específicos de carácter administrativo y judicial, para que ejerzan la potestad disciplinaria y promuevan un control de autotutela respecto de todos los individuos que investidos con la calidad de servidor públicos, vinculados legal y reglamentariamente con el Estado, o de particulares que en el cumplimiento de sus funciones tengan a cargo la administración de recursos públicos o en su defecto labores de función pública como tal. Todo ello, en virtud y bajo el amparo de la preexistencia, taxatividad y legalidad de las normas disciplinarias que para tal efecto se encuentren vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano, así como de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del

comportamiento o conducta reprochable que será investigada y sancionada a la luz del derecho disciplinario.

En ese sentido, como también lo precisa Gómez Pavajeau (2011) el Derecho Disciplinario en Colombia se ha erigido como una rama autónoma e independiente del derecho, según diferentes teorías sobre el *ius puniendi* del Estado, la ilicitud sustancial y las relaciones especiales de sujeción que conlleva el sustento de este campo jurídico. De esta manera, es necesario destacar que lo que se conoce como dogmática del derecho disciplinario, nace del conjunto de estructuras propias que integran esta área del derecho, que lo diferencian tanto del derecho penal como del derecho administrativo en su esencia.

Así las cosas, se tiene que la misma Corte Constitucional ha referido la naturaleza autónoma e independiente del derecho disciplinario en Colombia, a partir del *ius puniendi* del Estado, en los siguientes términos:

El ejercicio del derecho del Estado a sancionar (*ius puniendi*) las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios, particularmente, en lo que hace al derecho penal, en la medida en que ambos participan de elementos comunes. Sin embargo, la remisión a los institutos de ese derecho sólo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta que el derecho disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico (2002).

Incluso, nuevos autores del derecho disciplinario como Daza Pérez, M. F. reconocen el carácter autóctono de esta rama del derecho, por lo que considera que los esfuerzos de los diferentes doctrinantes en esta área han permitido la consolidación de su autonomía e independencia:

La construcción de la dogmática jurídico-disciplinaria se da pocos años después de surgir la Constitución Nacional de 1991. El Dr. Gómez Pavajeau, como uno de sus precursores, vio la necesidad de difundir, instrumentar y de dar un estudio más detallado del Derecho Disciplinario, pero ya como una rama independiente y autónoma y no sujeta estrictamente al Derecho Penal y Administrativo. Con el proyecto del Código Disciplinario Único, se consignó en este la nueva ciencia del Derecho Disciplinario, que no fue otra que la Ley 734 de 2002. Esta nueva ley viene a reemplazar la antigua Ley 200 de 1995 (...) El nuevo Derecho Disciplinario es considerado como autónomo e independiente, así como lo considera el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 8 de abril de 1991, con el Magistrado Ponente Álvaro Lecompte Luna. En esta sentencia el Consejo de Estado decretó que el ilícito disciplinario es totalmente distinto al ilícito penal. En efecto, precisó el alto tribunal que el ilícito es también propio de esta rama del derecho (Disciplinario); ya sea por faltas cometidas durante el tiempo de servicio prestado u otro valor sucinto. Además, que, estrechó jurídica y dogmáticamente el alto tribunal, que las categorías sustantivas del derecho disciplinario exhiben un contenido y un sentido diferente a las del Derecho Penal (Daza, 2014).

De esta manera, se tiene que a partir de la potestad sancionatoria con que cuenta el Estado en Colombia para sancionar a sus servidores públicos o agentes estatales, se

otorga autonomía e independencia al derecho disciplinario y se distingue de otras ramas del derecho como la penal o el administrativo, por cuanto la finalidad última de esta categoría de derecho sancionador es reprochar la conducta de un servidor público o particular que cumpliendo funciones a nombre del Estado, incurre en una falta considera, de forma preexistente, como disciplinaria, en el marco de un derecho, un deber, una omisión o prohibición, una inhabilidad, una incompatibilidad o un conflicto de interés; lo cual retira inmediatamente el carácter condenatorio, contravencional o administrativo con que cuentan las otras dos áreas del derecho.

En ese orden de ideas, la importancia de la dogmática del derecho disciplinario yace en el conocimiento que deben tener tanto los servidores públicos como los particulares que ejercen funciones públicas, acerca del régimen de derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades o conflictos de interés que los cobija, y en virtud del cual podrían verse inmersos o incursos en investigaciones por presuntas infracciones que comentan en relación con cualquiera de las faltas que contemplan dichos regímenes, a partir de lo cual podría derivarse a su vez una posible sanción disciplinaria.

2.1.1 La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario como criterio o fundamento diferenciador de otras ramas del derecho

Haciendo alusión al carácter autónomo e independiente del Derecho Disciplinario en Colombia, se observa que el concepto de la ilicitud sustancial constituye el factor diferenciador determinante en relación con otras áreas del derecho, para fundamentar su emancipación como campo propio de estudio del derecho, puesto que mientras en el derecho administrativo no se refieren los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y

culpabilidad como elementos integradores o definidores de una actuación administrativa o estatal, por ausencia de configuración de este tipo de elementos categóricos respecto de cada una de ellas; y en el derecho penal, la tipicidad hace alusión a conductas que se encuentren taxativa y previamente señaladas en una normatividad que protege o tutela bienes jurídicos de posibles daños o lesiones respecto de sujetos determinados e indeterminados; en el derecho disciplinario lo que persigue es el reproche de aquellas conductas que generan perturbación o quebrantamiento funcional de actividades o servicios prestados por el Estado, de lo cual deviene el hecho que su estructura dogmática irroga la protección de la función pública por una infracción del deber funcional, cometida por parte de un sujeto activo determinado o calificado, que es un servidor público o particular que desempeña, cumple o tiene a cargo el ejercicio de una actividad estatal representada en el marco de la función pública.

De esta manera el Artículo 9 del Nuevo Código General Disciplinario-Ley 1952 de 2019 señala que “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”, lo cual en asocio con las nuevas teorías que se plantean de la ilicitud sustancial permiten entrever que:

La “ilicitud sustancial” en el Derecho disciplinario, es el aditamento que le da sustento a la consumación de la falta, pues se podría decir que con la conducta desplegada por el Servidor Público efectivamente se viola el ordenamiento jurídico disciplinario, pues esta falta al deber como agente del Estado, mientras que, en el Derecho penal, el injusto penal es porque se vulnera o se pone en peligro el bien jurídicamente tutelado por el Estado (Ardila Quiroz, Et Al., 2010).

Así las cosas, se puede decir que el concepto de ilicitud sustancial trae consigo la mayor parte de la fundamentación jurídica actual del derecho disciplinario, como rama autónoma e independiente del derecho, lo cual en el marco o contexto de la realidad colombiana, hace que se infiera o desprenda el campo de acción o de aplicación en torno a la consolidación de una nueva dogmática, estructura o procedimiento del derecho disciplinario, desde su régimen administrativo, jurisdiccional y especial.

En ese sentido, si bien este concepto si bien se asemeja al de antijuridicidad en el derecho penal, no es el mismo, pues en derecho disciplinario el estudio de la conducta es más subjetiva desde el punto de vista de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos configuradores e integradores de la falta en materia disciplinaria, razón por la cual se debe entrar a analizar cada concepto de forma detallada:

Tipicidad disciplinaria: Los tipos en materia disciplinaria no son taxativos como ocurre en materia penal, razón por la cual se encuentran tipos abiertos o complementarios, y tipos en blanco o de reenvío. Igualmente, en lo que respecta a los sujetos se hace claridad nuevamente a que en el derecho disciplinario el sujeto activo siempre será determinado o calificado, pues recae sobre un servidor público o particular que ejerce función pública. Y, por último, en lo que respecta al bien jurídico tutelado, se tiene que, en derecho disciplinario, a diferencia del derecho penal, lo que se protege es el deber funcional que se debe perpetuar en el ejercicio de todas las actuaciones adelantadas al interior de la función pública.

Antijuridicidad disciplinaria: En materia disciplinaria se observa que como tal no se refiere el concepto de antijuridicidad disciplinaria taxativamente, sino el principio de ilicitud sustancial como categoría dogmática del derecho disciplinario que fundamenta o

soporta el concepto de quebrantamiento o perturbación real del deber funcional (elemento material) que afecta los principios de la función pública, contenidos en el Artículo 209 de la Constitución Política de 1991 (elemento formal).

Culpabilidad disciplinaria: En derecho disciplinario, si bien la culpabilidad está determinada por el dolo y la culpa, se puede decir que la configuración o establecimiento de uno u otro elemento integrador de la culpabilidad, está definido por el tipo y grado de falta cometida por el servidor público o agente del Estado que presuntamente cometió la infracción, bien sea por acción, omisión, extralimitación de funciones, o violación del régimen de derechos o deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, o conflictos de intereses.

En relación con lo anterior vale la pena aseverar que el Consejo de Estado en Colombia ha manifestado que el concepto de ilicitud sustancial hace alusión no a cualquier comportamiento contrario a la ley, como ocurre en materia penal, sino que dicha conducta debe repercutir de forma relevante en el cumplimiento de los fines estatales:

(...) la referencia a sustancial en relación con la ilicitud, significa que la infracción del deber sustancial debe tener cierta relevancia, importancia o esencial frente a los fines del Estado, la satisfacción del bien general y los principios de la función pública. En términos generales, esto quiere decir, que la actuación u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, es decir, contraria a derecho (ilicitud),

debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público (sustancialidad) y en esa medida puede decirse, pese a que la ley no lo mencionó de este modo, que cuando estas dos características confluyen se está en presencia de una «antijuridicidad sustancial», requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada (2018).

Es de esta manera como queda claro que si bien el concepto de antijuridicidad formal se comparte tanto desde el punto de vista del derecho penal como del derecho disciplinario, la concepción de antijuridicidad material varía de forma considerable en relación con ambas áreas del derecho, pues si bien en materia penal se requiere solo que el denunciado o presunto autor del delito penal despliegue una conducta contraria a derecho que transgreda un bien jurídico tutelado por el Estado, para que la misma se configure o catalogue como antijurídica; en materia disciplinaria, el investigado o presunto infractor de un deber, un derecho, una omisión o prohibición, una extralimitación, una inhabilidad, una incompatibilidad, o un conflicto de interés debe haber incurrido en una falta que genere una afectación real o perturbación funcional a los intereses o fines estatales.

2.1.2 El Derecho Disciplinario como forma de relación de especial sujeción con el Estado

En relación con la estructura dogmática del derecho disciplinario, no puede dejarse de vista, sino por el contrario debe tenerse muy presente la relación de especial sujeción que tiene el Estado con relación a sus agentes o servidores públicos que lo representan,

pues en sí mismo, la esencia del derecho disciplinario como se expuso previamente, recae sobre una categoría específica de individuos que integran o forman parte de los órganos, entidades, organismos e instituciones estatales, como son los servidores públicos o aquellos particulares que ejercen sus actividades o realizan sus labores en el marco de la función pública.

En ese sentido, como bien lo exponen las investigaciones actuales en derecho disciplinario, en el marco de lo señalado o previsto por el Artículo 6 de la Constitución Política de 1991 las relaciones especiales de sujeción en materia disciplinaria comportan esa categoría específica de relación que existe entre el Estado, a través de sus entidades, con los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas, lo cual se distingue claramente de la relación que existe entre aquel con los particulares, dado que el comportamiento de estos últimos solo puede ser reprochable por violación de la constitución y la ley, en tanto que el de los primeros, además de poder ser sancionados por las mismas causales de los particulares, también pueden serlo por acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Es de esta manera que atendiendo al contenido de varios autores en derecho disciplinario:

Las relaciones especiales de sujeción son propias de los Estados donde el gobierno no es el Estado, ni está por encima de él, existen precisamente para que quienes están sujetos al Estado lo hagan bien, y, permitan el progreso del mismo, y por ende, de quienes lo habitan, por eso es que encontrándose en unas relaciones especiales de sujeción, se debe dar parte de todos los movimientos que haga el funcionario a cargo del Estado, la relación especial de sujeción debe

servir para investigarlo y sancionarlo, si hay oportunidad a ello, por eso hacen parte del Derecho disciplinario (Ardila Quiroz, Et Al., 2010).

Esta situación presentada en un contexto más amplio se ratifica por otros doctrinantes del derecho disciplinario, quienes presentan un panorama mucho más filosófico del tema, cuando se refieren a la potestad disciplinaria del Estado y su relación con la categoría dogmática superior de orden constitucional de la relación especial de sujeción, como bien se observa a continuación:

La potestad disciplinaria del Estado, tal como se ha dicho, se concreta en el poder o facultad de sancionar a sus propios funcionarios, con ello se busca garantizar el cumplimiento de los fines estatales y el normal ejercicio de la función pública, es lo que se conoce como mecanismo de autocontrol o autotutela; esa posibilidad de sanción surge además en el ámbito de la Relación Especial de Sujeción, de ahí que conciba la relación causa-efecto entre la potestad disciplinaria como especie y la Relación Especial de Sujeción (...) En la propensión de concebir el derecho disciplinario como una ciencia del ordenamiento jurídico colombiano autónomo e independiente, con sus propias especificidades y cualidades, la “Relación Especial de Sujeción”, como categoría dogmática de origen y desarrollo constitucional, se erige como bastión de esa calificación (...) Como categoría, impone entenderla básicamente como una cualidad que se atribuye al derecho disciplinario; dogmática, en la medida en que su justificación, su sentido y su alcance se ha desentrañado con base en el método de interpretación de la norma jurídica conocido como “Dogmático”, lo que sin duda le otorga una valoración construida sobre criterios objetivos de racionalidad; superior de orden

Constitucional porque es precisamente allí en la jurisdicción de la Corte Constitucional, y en la tarea de guardar la integridad y supremacía de la Constitución en donde se ha venido dando su génesis y su desarrollo, sobre los mencionados criterios objetivos de racionalidad, como lo explica clara, detenida y profundamente el Dr. Gómez Pavajeau, en su obra “Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario” (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007).

De esta manera, la relación especial sujeción en el derecho disciplinario, se concreta entre el Estado con sus funcionarios, en la medida de que estos a diferencia de los particulares, deben responder por su actuar en el cargo desempeñado y pueden ser sancionados por una acción, omisión o extralimitación en sus funciones, así como por vulneración a un derecho, a un deber, una prohibición, una inhabilidad, una incompatibilidad o un conflicto de interés. De tal manera, que su indebido, ilegal o inadecuado comportamiento puede ser objeto de reproche estatal, a través órganos instituidos para tal efecto, como sería para el caso de la función administrativa la Procuraduría General de la Nación; y para el caso de la función judicial, el Consejo Superior de la Judicatura.

Dicha relación fundamenta jurídicamente la investigación e imposición de sanciones disciplinarias del Estado a sus agentes estatales, como quiera que la finalidad última del derecho disciplinario es perpetuar el buen funcionamiento de la administración y la prestación continua, adecuada, permanente y eficiente de los servicios públicos, por medio de la función pública, lo cual implica que se debe garantizar igualdad, moralidad,

eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, al interior de las entidades públicas.

Lo anterior justifica, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional, que el Estado le imponga a los servidores públicos o particulares que cumplan funciones públicas *“cargas y obligaciones adicionales a las de cualquier ciudadano, en la medida en que es su responsabilidad la consecución de los propósitos estatales”* (Sentencia, 2003). Es por esta razón, que en cumplimiento de un deber funcional es que los agentes estatales pueden responder disciplinariamente, dado que el mismo Consejo de Estado también ha incorporado esta característica como pilar que fundamenta la relación de especial sujeción entre el Estado con sus administrados, a partir del derecho disciplinario:

El «deber funcional» que contempla el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, se desprende 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 (2018).

2.2 Fundamentos de la Potestad Sancionadora en España

Después de abordar la estructura de actividad disciplinaria en Colombia, es menester revisar el esquema de derecho sancionador enfocado hacia la potestad disciplinaria en la legislación española, por lo cual es importante hacer referencia a los antecedentes de la

legislación administrativa disciplinaria en España, previamente a la configuración normativa actual propiciada al respecto por la Ley 39 y 40 del 01 de octubre de 2015, y el Real Decreto Legislativo 5 de 2015.

De esta manera, se apreciará que en virtud del régimen general de la potestad sancionadora con que cuenta la administración, existen sanciones de autoprotección o autotutela y sanciones de protección del orden social en general, correspondiendo las primeras a las sanciones disciplinarias, tributarias o de policía, respecto de las cuales se abordará las disciplinarias, para el desarrollo del presente capítulo, por ser las que versan en relación con el objeto de la investigación (García Gómez de Mercado, 2017).

2.2.1 Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario en España

Como se ha referido previamente, en España, la Constitución de 1978 ha ofrecido su sustento en el marco del derecho administrativo sancionador cuando refiere que todos los integrantes del Estado estarán sujetos a lo dispuesto tanto en el mismo texto constitucional como al resto del ordenamiento jurídico (Congreso de los Diputados, 1978).

En esa medida, el procedimiento administrativo disciplinario estuvo mucho tiempo regulado legalmente por el Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, adoptado por medio del Decreto 33 del 10 de enero de 1986, expedido en desarrollo de la Ley 30 del 02 de agosto de 1984, la cual previó la descripción de faltas graves y leves en el ejercicio de la función pública (Caviedes, 2016, pág. 22). Esta normatividad dio lugar a concebir el derecho disciplinario como una función derivada del derecho administrativo, sin perjuicio de las disposiciones normativas que en

materia penal se apliquen, dada su cercanía e íntima relación con este derecho, por la aplicación de principios similares como el del “non bis in ídem”, pues para el caso del Derecho Disciplinario, su campo de acción no versa sobre la protección de un bien jurídico tutelado, sino el buen funcionamiento del Estado, en especial en lo que respecta a la adecuada prestación de sus servicios públicos (Marina, B. 2006, págs. 102-106).

No obstante, el Tribunal Constitucional en España ha dejado claro que el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario no son lo mismo, como quiera que el principio de “non bis in ídem” y el de “reserva de ley”, otorgan características que configuran la naturaleza propia de cada derecho (Caviedes, 2016, pág. 24). Lo anterior, en razón a que, siendo claros, coherentes y concordantes con la organización administrativa y el régimen de la función pública, el fin institucional de la administración y los principios rectores de su actividad son el fundamento de la responsabilidad administrativa que yace o radica en los servidores públicos, los cuales a su vez inspiran los deberes de carácter público, que generan la responsabilidad disciplinaria (Castro, 2010, pág. 216).

Entonces es de esta manera, como algunos tratadistas como Castro reconocen que las responsabilidades administrativas son aquellas que dan origen al régimen fiscal y disciplinario en el ordenamiento jurídico, como quiera que, según él, existe una clara división de la responsabilidad administrativa en: Resarcitoria, que obliga al Estado a resarcir los daños y perjuicios ocasionados en virtud de una actividad legítima o ilegítima; y disciplinaria, que deriva del incumplimiento de las normas que deben observar los servidores públicos, y genera sanciones por las irregularidades que se logren confirmar dentro del proceso correspondiente (2010, pág. Ibídem).

Así pues, se aprecia cómo algunos tratadistas entre los que se destacan Suay Rincón (1989), afirman que la finalidad principio del derecho disciplinario es la recuperación del orden social perturbado, la protección del prestigio y la dignidad institucional, al igual que la garantía de eficiencia, transparencia y legalidad de las actuaciones desplegadas por los funcionarios que se encuentran al servicio de la administración. Lo cual, en concordancia con lo aseverado por García Gómez de Mercado (2017) permite que se dé la prelación a “la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar” (pág. 232).

En ese mismo sentido, se observa como en España se concibe la sanción administrativa como una decisión administrativa con contenido punitivo, es decir, que el régimen jurídico disciplinario en este país se enmarca dentro del ius puniendi del Estado, como un castigo impuesto por la administración pública a los servidores públicos (Rebollo, Izquierdo, Alarcón, & Bueno, 2005, pág. 24).

De esta manera, la diferencia radical que existe entre las acepciones de sanción y pena en el Derecho Español, está que la primera concierne a una decisión impuesta por autoridades administrativas (ministros o sus equivalentes en las Comunidades Autónomas, como alcaldes, autoridades subordinadas o administrativas independientes); en tanto que la segunda corresponde a una pena impuesta por un juez o un tribunal.

Ahora bien, además del carácter especial que reviste la sanción disciplinaria en España, también vale la pena destacar la esencia administrativa que rige los procesos disciplinarios en este país, como quiera que, a diferencia del Estado colombiano, en el

país vasco “la competencia para imponer sanciones se sintetiza en el nominador y no determina la organización de un órgano o dependencia que de manera exclusiva ejerza esta función, así es claro que la actuación disciplinaria es una función de orden administrativo” (Bernal, 2015, pág. 16), lo cual difiere un poco de la estructura de la competencia disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano, como quiera que en él, la competencia preferente para adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones respectivas a que hubiere lugar, se encuentra radicada en la Procuraduría General de la Nación, como un órgano de control de carácter administrativo, que ha sido instituido para tal efecto por los Artículos 275 y siguientes de la Constitución Política de 1991.

En ese mismo sentido, es menester indicar que en España es la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo la que integra y complementa el marco normativo del Derecho Disciplinario, pues este último forma parte del Derecho Administrativo Sancionador, con las particularidades que demandan los principios de la potestad sancionadora administrativa abordados previamente (Marina, 2020).

En virtud de lo anterior se afirma que la potestad disciplinaria en España está orientada desde el desarrollo que han tenido los principios del régimen sancionador administrativo, por lo que la legislación sobre función pública se ha robustecido con la aplicación de las normas que rigen el derecho administrativo sancionador.

2.2.2 Relación de Sujeción Especial entre los Funcionarios Públicos y las Autoridades Estatales en el Derecho Disciplinario Español

Haciendo alusión a Eduardo García de Enterría cuando es citado por Francisco García Gómez de Mercado (2017), se aprecia que “las sanciones disciplinarias son aquellas que

se imponen a las personas que están en una relación de sujeción especial con la administración por infracciones cometidas a la disciplina interna por lo que se rige dicha relación” (pág. 231). En ese sentido, es la potestad de supremacía especial reflejada a través de la potestad disciplinaria, la que como se dijo antes, se diferencia con el poder punitivo en materia penal, pues en las sanciones de autoprotección o autotutela administrativa, como las disciplinarias, se ve reflejada claramente la relación de sujeción especial que existe entre los poderes públicos con sus administrados, en especial con aquellos que tienen una vinculación específica con la administración (García Gómez de Mercado, 2017, págs. 231-232).

No obstante, en España la escasa aplicación de las normas del derecho disciplinario en la vida administrativa, ha impedido que esta área del derecho adquiriera poca relevancia y sea considerada como poco eficiente, ya que como bien lo señala Nieto García (1970) “con bastante frecuencia las sanciones de este tipo no persiguen, como pudiera suponerse, la conversión del funcionario y el mejoramiento del actor administrativo, sino que son mejor pretextos o coberturas de una represión política” (págs. 39-41).

Es de esta manera, como las complejidades de la relación de sujeción especial entre los funcionarios públicos y las autoridades estatales en España redundan en la primacía de los intereses particulares que tiene el Gobierno Español frente a los intereses generales de la población, puesto que la falta de control de los funcionarios públicos, permite que su poder y mando fomente las prácticas arbitrarias y de corrupción política, por lo que como bien lo señala este autor de la doctrina española, se torna de forma más importante el gobierno, o sea los intereses de los funcionarios públicos con relación al

grueso de la población, por lo tanto las prácticas de corrupción terminan siendo generalizadas, llegando a ser incluso más onerosas que el gasto legalmente constituido para cubrir la demanda de necesidades públicas (Nieto, Las relaciones especiales de sujeción entre el Estado y sus funcionarios, 1970, págs. 39-41).

Por esa razón, como bien lo refiere Ardila Quiroz, cuando cita a Forero Salcedo (2012):

En efecto, el alto contenido ético que contiene el Derecho disciplinario, ethos funcional irradia en las garantías constitucionales, y cualquier matización o modulación que se haga respecto de ellas para delimitar su alcance, debe tener como referente este concepto, en cuanto determina la deontología propia de los funcionarios públicos y particulares disciplinables especialmente exigente, como quiera que el servidor estatal debe encaminar siempre su actuar en función del principio constitucional de la prevalencia del interés general (pág. 10).

Por otra parte, es necesario tener presente que la configuración de la relación de sujeción especial entre el Estado con los Servidores Públicos no transgrede el principio de “non bis in ídem” en materia disciplinaria, como quiera que la sanción impuesta a título de dolo o culpa por la comisión de una falta disciplinaria muy grave, grave o leve, protegen un interés distinto, que en este caso es el buen nombre de la administración. Ha sido lo ha reconocido la doctrina con apoyo de la jurisprudencia española:

El punto de partida lo constituye la afirmación de que la existencia de esa relación no basta por sí misma para justificar la dualidad de sanciones, pues las relaciones de sujeción especial no constituyen 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 (Sentencias 2/1987, de 21 de enero, 42/1987, de 7 de abril, 61/1990, de 21 de marzo, y, más recientemente, 229/2007, de 11 de noviembre). Por consiguiente, para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección (Sentencias 234/1991, de 10 de diciembre, y 188/2005, de 7 de julio) (Wolters Kluwer, s.f).

Así las cosas, como bien lo sostiene Lourdes Ramírez (2009), cuando cita al Tribunal Supremo Español en su Sentencia STS 5429 del 14 de julio de 1987:

En últimas, en el supuesto de las relaciones de sujeción especial, las sanciones se imponen para salvaguardar el interés concreto de la administración dirigido a su buena marcha; mientras que, en la hipótesis de las sanciones administrativas generales, se pretende preservar el orden general y son una manifestación del ius puniendi genérico del Estado (pág. 285).

Aunado a lo anterior, se encuentra que doctrinantes del Derecho Disciplinario Español han sostenido que las relaciones especiales de sujeción propia de los empleados públicos o de sus categorías similares, justifican “la singularidad de la

aplicación de determinados principios sancionadores en el ámbito disciplinario y tratar de evitar así espacios de impunidad u otras disfunciones en el ejercicio de la potestad disciplinaria” (Huergo, 2007, citado por Marina Jalvo, 2020).

De esta manera, se aprecia como el reconocimiento de las relaciones de sujeción especial entre el Estado con sus Servidores Público, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, hace que se justifique el poder de mando que yace desde el derecho disciplinario para mejorar el servicio público, como quiera que la potestad disciplinaria está instituida para corregir las malas prácticas que se adoptan al interior de la función pública (Gil García, García Coronado, & Esteban García, 2009, pág. 187), a diferencia del ámbito penal, donde lo que se pretende es castigar o reprimir la conducta por haber lesionado un bien jurídico tutelado.

Aunado a lo anterior, se tiene que esta relación de sujeción especial en el ámbito disciplinario español, también se basa en el conocimiento específico de las pautas de conducta que deben tener los servidores públicos, por lo que al estimarse como ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento jurídico, y, por ende, son objeto de sanción (Cotino, 1999, pág. 309).

De esta manera, autores como Quintana López (2007) han señalado que cuando un sujeto ingresa a una organización estatal debe someterse a las normas que lo regulan, por lo que la potestad disciplinaria en el marco de las relaciones especiales de sujeción se caracteriza por:

La capacidad que ostenta quien dirige la estructura organizativa para castigar las conductas de aquellos que las contravienen, sobre la base de que con ellas

eventualmente se puede poner en peligro o llegar a perjudicar la propia consecución de los objetivos que justifican la existencia misma de la organización (p. 1).

En síntesis, hablar de relaciones especiales de sujeción con el Estado, es hacer referencia a los mecanismos de protección o de defensa con que cuentan las organizaciones públicas para poder disciplinar las conductas de sus colaboradores mediante el ejercicio de facultades normativas coercitivas.

Así las cosas, son las exigencias de la soberana autoridad pública dentro del Estado, aquellas que obligan no solamente a garantizar el debido proceso contra de sus servidores públicos, sino también la configuración de graves y justas causas para disciplinar, aunado a un procedimiento claro que debe cumplirse.

2.3 Reflexiones finales de capítulo

El Derecho Disciplinario en Colombia se ha erigido como una rama autónoma e independiente del derecho, según diferentes teorías sobre el ius puniendi del Estado, la ilicitud sustancial y las relaciones especiales de sujeción que conlleva el sustento de este campo jurídico (Gómez Pavajeau, 2011). De esta manera, es necesario destacar que lo que se conoce como dogmática del derecho disciplinario, nace del conjunto de estructuras propias que integran esta área del derecho, que lo diferencian tanto del derecho penal como del derecho administrativo en su esencia.

Es por esta razón que dado el alcance que tiene el derecho disciplinario como rama autónoma e independiente del derecho, se debe reconocer como principales ejes que componen su estructura específica, propia y especial los conceptos de ius puniendi

del Estado, ilicitud sustancial y relación de sujeción especial entre el Estado con los servidores públicos o particulares que ejercen función pública.

En ese orden de ideas, a partir del concepto del *ius puniendi* del Estado se concibe el Derecho Disciplinario como:

El ejercicio del derecho del Estado a sancionar (*ius puniendi*) las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios, particularmente, en lo que hace al derecho penal, en la medida en que ambos participan de elementos comunes. Sin embargo, la remisión a los institutos de ese derecho sólo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta que el derecho disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico (Sentencia C- 948 de 2002).

De esta manera, se tiene que a partir de la potestad sancionatoria con que cuenta el Estado para sancionar a sus servidores públicos o agentes estatales, se otorga autonomía e independencia al derecho disciplinario y se distingue de otras ramas del derecho como la penal o el administrativo, por cuanto la finalidad última de esta categoría de derecho sancionador es reprochar la conducta de un servidor público o particular que

cumpliendo funciones a nombre del Estado, incurre en una falta considera, de forma preexistente, como disciplinaria, en el marco de un derecho, un deber, una omisión o prohibición, una inhabilidad, una incompatibilidad o un conflicto de interés; lo cual retira inmediatamente el carácter condenatorio, contravencional o administrativo con que cuentan las otras dos áreas del derecho.

En lo que respecta a la ilicitud sustancial, se puede decir que este es el punto fuerte o clave que demanda o reclama la autonomía del derecho disciplinario, así como su campo de estudio o de acción, puesto que mientras en el derecho administrativo no se refieren los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos integradores o definidores de una actuación administrativa o estatal, por ausencia de configuración de este tipo de elementos categóricos respecto de cada una de ellas; en el derecho penal, la tipicidad hace alusión a conductas que se encuentren taxativa y previamente señaladas en una normatividad que protege o tutela bienes jurídicos de posibles daños o lesiones respecto de sujetos determinados e indeterminados; por lo que el derecho disciplinario lo que persigue es el reproche de aquellas conductas que generan perturbación o quebrantamiento funcional de actividades o servicios prestados por el Estado, de lo cual deviene el hecho que su estructura dogmática irroga la protección de la función pública por una infracción del deber funcional, cometida por parte de un sujeto activo determinado o calificado, que es un servidor público o particular que desempeña, cumple o tiene a cargo el ejercicio de una actividad estatal representada en el marco de la función pública.

De esta manera el Artículo 9 del Nuevo Código General Disciplinario-Ley 1952 de 2019 señala que “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” (Congreso de la República de Colombia, 2019), lo cual en asocio con las nuevas teorías que se plantean de la ilicitud sustancial permiten entrever que:

La “ilicitud sustancial” en el Derecho disciplinario, es el aditamento que le da sustento a la consumación de la falta, pues se podría decir que con la conducta desplegada por el Servidor Público efectivamente se viola el ordenamiento jurídico disciplinario, pues esta falta al deber como agente del Estado, mientras que, en el Derecho penal, el injusto penal es porque se vulnera o se pone en peligro el bien jurídicamente tutelado por el Estado (Ardila Quiroz, El Al., 2010, p. 58).

Así las cosas, se puede decir que el concepto de ilicitud sustancial trae consigo la mayor parte de la fundamentación jurídica actual del derecho disciplinario, como rama autónoma e independiente del derecho que, en el marco o contexto de la realidad colombiana, hace que se infieran o desprendan muchas propuestas de investigación en torno a la consolidación de una nueva dogmática, estructura o procedimiento del derecho disciplinario, desde su régimen administrativo, jurisdiccional y especial.

Ahora bien, cuando se consolida la estructura dogmática del derecho disciplinario, no puede dejarse de vista, sino por el contrario debe tenerse muy presente la relación de

especial sujeción que tiene el Estado con relación a sus agentes o servidores públicos que lo representan, pues en sí mismo, la esencia del derecho disciplinario como se expuso previamente, recae sobre una categoría específica de individuos que integran o forman parte de los órganos, entidades, organismos e instituciones estatales, como son los servidores públicos o aquellos particulares que ejercen sus actividades o realizan sus labores en el marco de la función pública.

En ese sentido, como bien lo exponen las investigaciones actuales en derecho disciplinario, en el marco de lo señalado o previsto por el Artículo 6 de la Constitución Política de 1991 las relaciones especiales de sujeción en materia disciplinaria comportan esa categoría específica de relación que existe entre el Estado, a través de sus entidades, con los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas, lo cual se distingue claramente de la relación que existe entre aquel con los particulares, dado que el comportamiento de estos últimos solo puede ser reprochable por violación de la constitución y la ley, en tanto que el de los primeros, además de poder ser sancionados por las mismas causales de los particulares, también pueden serlo por acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Es de esta manera que atendiendo al contenido de varios autores en derecho disciplinario:

Las relaciones especiales de sujeción son propias de los Estados donde el gobierno no es el Estado, ni está por encima de él, existen precisamente para que

quienes están sujetos al Estado lo hagan bien, y, permitan el progreso del mismo, y por ende, de quienes lo habitan, por eso es que encontrándose en unas relaciones especiales de sujeción, se debe dar parte de todos los movimientos que haga el funcionario a cargo del Estado, la relación especial de sujeción debe servir para investigarlo y sancionarlo, si hay oportunidad a ello, por eso hacen parte del Derecho disciplinario (Ardila Quiroz, Et Al., *Ibíd*em, p 47)

Esta situación presentada en un contexto más amplio, se ratifica por otros doctrinantes del derecho disciplinario, quienes presentan un panorama mucho más filosófico del tema, cuando se refieren a la potestad disciplinaria del Estado y su relación con la categoría dogmática superior de orden constitucional de la relación especial de sujeción, como bien se observa a continuación:

La potestad disciplinaria del Estado, tal como se ha dicho, se concreta en el poder o facultad de sancionar a sus propios funcionarios, con ello se busca garantizar el cumplimiento de los fines estatales y el normal ejercicio de la función pública, es lo que se conoce como mecanismo de autocontrol o autotutela; esa posibilidad de sanción surge además en el ámbito de la Relación Especial de Sujeción, de ahí que conciba la relación causa-efecto entre la potestad disciplinaria como especie y la Relación Especial de Sujeción (...) En la propensión de concebir el derecho disciplinario como una ciencia del ordenamiento jurídico colombiano autónomo e independiente, con sus propias especificidades y cualidades, la “Relación Especial de Sujeción”, como categoría dogmática de origen y desarrollo

constitucional, se erige como bastión de esa calificación (...) Como categoría, impone entenderla básicamente como una cualidad que se atribuye al derecho disciplinario; dogmática, en la medida en que su justificación, su sentido y su alcance se ha desentrañado con base en el método de interpretación de la norma jurídica conocido como “Dogmático”, lo que sin duda le otorga una valoración construida sobre criterios objetivos de racionalidad; superior de orden Constitucional porque es precisamente allí en la jurisdicción de la Corte Constitucional, y en la tarea de guardar la integridad y supremacía de la Constitución en donde se ha venido dando su génesis y su desarrollo, sobre los mencionados criterios objetivos de racionalidad, como lo explica clara, detenida y profundamente el Dr. Gómez Pavajeau, en su obra “Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario” (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007, p 25).

En conclusión, la relación especial sujeción en el derecho disciplinario, se concreta entre el Estado con sus funcionarios, en la medida de que estos a diferencia de los particulares, deben responder por su actuar en el cargo desempeñado y pueden ser sancionados por una acción, omisión o extralimitación en sus funciones, así como por vulneración a un derecho, a un deber, una prohibición, una inhabilidad, una incompatibilidad o un conflicto de interés. De tal manera, que su indebido, ilegal o inadecuado comportamiento puede ser objeto de reproche estatal, a través órganos instituidos para tal efecto, como sería para el caso de la función administrativa la

Procuraduría General de la Nación; y para el caso de la función judicial, el Consejo Superior de la Judicatura.

Así mismo, vale la pena destacar que la naturaleza jurídica del derecho disciplinario español es administrativa, por lo que como se apreciará en el capítulo siguientes, los mismos nominadores o autoridades administrativas son las encargadas de llevar a cabo la investigación e imponer la sanción disciplinaria a los funcionarios públicos que tienen a cargo, por lo que no existe una autoridad especial, como ocurre en Colombia a través de la Procuraduría General de la Nación, que ejerza un control preferente de las investigaciones disciplinarias adelantadas en contra de los servidores públicos.

Es importante acotar, que el derecho disciplinario español dista del colombiano en relación con su estructura, ya que en España no existe la Procuraduría General de la Nación, como figura promotora de los derechos humanos, salvaguarda de derechos procesales y autoridad con poder preferente para ejercer el control disciplinario de servidores público. De esta manera, el esquema disciplinario español parte de los órganos de inspección de servicios, los órganos instructores de procedimiento, los órganos sancionadores y la jurisdicción contenciosa administrativa en relación con la legalidad de los actos sancionadores (Concepción Rayón, 2014).

En ese sentido, en España el control de la actividad de la administración se efectúa más en relación con la revisión de actos y disposiciones a través de la jurisdicción contenciosa administrativa, que frente al ejercicio de la potestad disciplinaria contra sus empleados públicos (Concepción Rayón, 2014), lo cual conduce a un sistema menos

rígido o estricto que el colombiano, donde diariamente las investigaciones disciplinarias son el común denominador del ordenamiento jurídico frente a la actuación de servidores públicos en el marco de la función pública.

Lo anterior, revela con claridad la falta de una norma equivalente en España al Código Disciplinario Único o el Código General Disciplinario en Colombia, pues como se expuso en el presente capítulo y se ampliará más en el siguiente, en España el marco normativo general del régimen disciplinario se encuentra integrado por las disposiciones del Estatuto Básico del Empleado Público, el Régimen Jurídico del Sector Público, el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración General del Estado, por lo que la dispersión normativa en materia disciplinaria española, es bastante notoria.

Por último, es menester agregar que, si bien la aplicación del derecho disciplinario español no es tan frecuente, usual o constante como en el derecho disciplinario colombiano, debido a que el control disciplinario no es tan estricto para los servidores públicos, si se emplea como pilar orientador de las actuaciones disciplinarias el concepto de “relación de sujeción especial entre los funcionarios públicos y el Estado”, como quiera que para el derecho disciplinario español es claro que los comportamientos o conductas inapropiadas, son consideradas como faltas disciplinarias, las cuales deben ser de conocimiento previo por parte del servidor público antes de desempeñar un cargo público.

Capítulo III

Ejercicio de la Potestad Administrativa Disciplinaria en Colombia y España

Introducción

Como bien se expuso en el capítulo anterior, la potestad disciplinaria tanto en Colombia como en España se divide en Administrativa y Disciplinaria, por lo que la competencia de las autoridades que la ejercen es distinta atendiendo al ámbito de cada uno de ellos. En ese sentido, dado que la circunscripción del problema de investigación corresponde a la judicialización de la actividad administrativa disciplinaria en Colombia, a través del presente opúsculo se pretenderá promover un análisis única y exclusivamente en torno al desarrollo de la función administrativa disciplinaria en ambos países.

De esta manera el presente capítulo de investigación, abordará a través de dos componentes estructurados en la “potestad administrativa disciplinaria en Colombia” y la “potestad administrativa disciplinaria en España”, por una parte el desarrollo de la competencia para investigar y sancionar las faltas disciplinarias en el ordenamiento jurídico colombiano, así como el procedimiento disciplinario colombiano; y por otra parte, la competencia para investigar y sancionar las faltas disciplinarias en el ordenamiento jurídico español, así como el procedimiento disciplinario español, a partir de las bases procedimentales que soportan el procedimiento administrativo sancionatorio, ya que como se expuso previamente el derecho administrativo disciplinario en España forma parte del derecho administrativo sancionador, en tanto que en Colombia, dicha área

jurídica de conocimiento se ha venido consolidando como una rama autónoma e independiente del derecho.

Finalmente, en el marco de las exposiciones centrales que se harán al interior de este capítulo se expondrán unas consideraciones finales, en las cuales se contrastará el modelo de ejercicio de la función administrativa disciplinaria contenido en las disposiciones normativas colombianas con relación a la estructura del ejercicio de la función administrativa disciplinaria previsto dentro del ordenamiento jurídico español.

a) Potestad Administrativa Disciplinaria en Colombia

3.1 La competencia para investigar y sancionar faltas disciplinarias en el ordenamiento jurídico colombiano

Los fundamentos legales y constitucionales del derecho disciplinario se encuentran insertos principalmente en los Artículos 6, 122, 209, 257 y 277 de la Constitución Política de Colombia, los cuales refieren la importancia de dar cumplimiento a las normas que regulan el empleo público y otorgan la potestad disciplinaria tanto a la Procuraduría General de la Nación como a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, para ejercer el poder preferente respecto de investigaciones disciplinarias promovidas tanto a servidores públicos vinculados al sector administrativo como al sector judicial, respectivamente.

Esta regulación y reglamentación constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal del ius puniendi del Estado en materia disciplinaria, parte de la potestad que tiene la administración para imponer sanciones a sus administrados por el incumplimiento de deberes o derechos, lo cual permite como se dijo anteriormente, que el derecho disciplinario surja como una nueva categoría específica del derecho que impone

sanciones a sus propios funcionarios por la transgresión de faltas previstas en normas preexistentes que pretenden garantizar el adecuado funcionamiento de las entidades, órganos e instituciones públicas en el marco de los principios consagrados por la función pública.

Dentro de los antecedentes históricos en Colombia que existen en lo que concierne al ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Procuraduría General de la Nación y sus entidades delegadas, como órgano de control se encuentra la Constitución Política de 1886, la cual señalaba que:

El Procurador y sus agentes o delegados estaban comisionados en manera especial de realizar un ejercicio de control disciplinario tendiente a la mantener la moral de las instituciones y sus funcionarios frente a los ciudadanos, así como la intervención en los procesos judiciales de tipo penal como investigador y acusador ante los despachos judiciales (Bellón, 2015, pág. 60)

De ahí que como bien lo expone Bellón (2015), la mayoría de los proyectos presentados para perpetuar la figura del Ministerio Público y del Procurador General de la Nación con la Constitución Política de 1991, tendían a mantener la potestad de control disciplinario sobre los funcionarios de la administración. Por lo que, haciendo una revisión más exhaustiva a los informes de la Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente que dieron origen a la Constitución Política de 1991, se encuentra que en la de Comisión Cuarta del 10 de abril de 1991, se reconoce a la Procuraduría General de la Nación, como una autoridad distinta al resto de las ramas del poder público (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), que tiene a cargo la función de velar por la protección de los derechos e intereses del Estado, tanto por medio de la potestad investigativa y

sancionatoria como por medio de la emisión de recomendaciones a las autoridades en materia de derechos y garantías fundamentales

Así mismo, con relación a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y sus Seccionales como órgano judicial, se tiene que es con la Constitución Política de 1991, donde se define la creación del Consejo Superior de la Judicatura como autoridad encargada de administrar la rama judicial, dirimir los conflictos de competencia jurisdiccional e investigar a abogados, jueces y fiscales. En ese sentido, esta autoridad quedó investida con una doble función tanto administrativa como judicial, como quiera que en sus inicios solo se encargaría de la administración del sistema jurisdiccional a través de su Sala Administrativa, sin embargo, en la Sesión de la Asamblea Nacional Constituyente que tuvo lugar el 19 de junio de 1991, se estableció la creación de una Sala Disciplinaria en reemplazo del Tribunal Disciplinario que estaba vigente para aquella época, con el fin de que asumiera la función de investigar y sancionar disciplinariamente a los abogados y funcionarios judiciales (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Actualmente, la titularidad de la potestad disciplinaria la tiene el Estado, de conformidad con lo señalado por el Artículo 2 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, por medio del cual se expide el Nuevo Código General Disciplinario, sin embargo, hace claridad del poder preferente que se otorgó a partir de los Artículos 257A y 277 de la Constitución Política de 1991 a ciertas autoridades como la Procuraduría General de la Nación y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, para adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones disciplinarias respectivas a servidores públicos o particulares que cumplan funciones públicas, en el ámbito administrativo y judicial, respectivamente.

En ese sentido, la competencia para ejercer la potestad disciplinaria se encuentra prevista en el Artículo 257A y 277 de la Constitución Política de 1991 como se refirió anteriormente, donde se otorga la potestad a la Procuraduría General de la Nación para investigar de forma preferente a los funcionarios administrativos; y a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial para investigar a los funcionarios judiciales; sin perjuicios de las otras autoridades que tienen a cargo funciones disciplinarias en el orden nacional, departamental, municipal, local al interior de las entidades estatales.

En ese sentido, el Artículo 3 de la Ley 734 de 2002 en consonancia con la Resolución 346 de 2002 de la Procuraduría General de la Nación, ha indicado expresamente los casos en los cuales la Procuraduría General de la Nación, como órgano de control de carácter administrativo, puede adelantar de forma preferente el ejercicio de la acción disciplinaria, lo cual ha sido ratificado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina de la siguiente forma:

(...) La Procuraduría y las personerías pueden asumir las investigaciones que se refieran a hechos de trascendencia, bien sea: a) porque atentan contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario; b) porque versan sobre contratación estatal; c) por involucrar normas presupuestales, fiscales o contables; d) por referirse a normas carcelarias; e) por comprometer el patrimonio o la moralidad pública; f) por existir falta de garantías o violación del debido proceso y del derecho de defensa de quienes son investigados disciplinariamente; g) por existir serios cuestionamientos sobre la oficina de control interno correspondiente; y h) por presentarse colusión o corrupción al interior del órgano de control interno. La decisión que se tome en estos casos para asumir el poder

preferente, le corresponde al Viceprocurador General de la Nación y debe ser motivada. Contra esta decisión no procede ningún recurso (Brito, 2006, pág. 359) (Sentencia C-026, 2009) (Sentencia T-350, 2011).

Por su parte, el Nuevo Código General Disciplinario en Colombia consagra en el Artículo 83 el ejercicio de la acción disciplinaria a cargo de la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Municipales y Distritales, las Oficinas de Control Disciplinario Interno, la Superintendencia de Notariado y Registro y los nominadores de personal a cargo en las entidades, órganos e instituciones administrativas; y autoridades públicas judiciales, como la Comisión Nacional de Disciplina Judicial adscrita a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial adscritas a las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura, y los nominadores de personal a cargo en las entidades, órganos e instituciones judiciales. Igualmente, refiere que el poder disciplinario de los Personeros Distritales y Municipales no se ejercerá respecto del Alcalde y de los Concejales, como quiera que dicha la competencia recae sobre la Procuraduría General de la Nación. De lo anterior, se extrae que esta norma expuso ampliamente las categorías de funcionarios o entidades públicas que tienen a cargo el ejercicio de la función disciplinaria en Colombia.

El ejercicio de la acción disciplinaria se encuentra condicionado por la aplicación de factores que determinan la competencia por la calidad del sujeto disciplinable, naturaleza del hecho, territorial, funcional y conexidad, lo cual puede dar origen a distintos conflictos de competencia entre las autoridades referidas también previamente.

En ese orden de ideas, los Artículos 91 al 103 del Nuevo Código General Disciplinario señala la competencia para investigar y sancionar servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas, destacando los factores irrogados para tal efecto:

(...) **Calidad del sujeto disciplinable:** Les corresponde a las entidades a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros. El particular disciplinable conforme a este código lo será por la Procuraduría General de la Nación y las personerías, salvo lo dispuesto en el artículo 76 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión. Cuando en la comisión de una o varias faltas disciplinarias conexas intervengan servidores públicos y particulares disciplinables la competencia radicará exclusivamente en la Procuraduría General de la Nación y se determinará conforme a las reglas de competencia que gobiernan a los primeros. Las personerías municipales y distritales se organizarán de tal forma que cumplan con el principio de la doble instancia, correspondiendo la segunda en todo caso al respectivo personero, para lo cual las personerías deberán tener la infraestructura necesaria para preservar las garantías procesales. Donde ello no fuere posible la segunda instancia le corresponderá al respectivo Procurador Regional (...)

En relación con este factor de competencia, vale la pena aclarar que el mismo no aplica para los notarios y curadores urbanos, como quiera que el Artículo 76 del Código General Disciplinario-Ley 1952 de 2019, y el numeral 4 del Artículo 20 y el Artículo 24 de la Ley 1796 de 2016, respectivamente, señalan que la competencia para investigar y

sancionar disciplinariamente a este tipo de particulares que cumplen funciones públicas recae sobre la Superintendencia de Notariado y Registro, sin perjuicio de la potestad preferente que pueda ejercer al respecto la Procuraduría General de la Nación. Así mismo, es menester destacar que a la luz del nuevo Código cuando se investiguen conductas conexas cometidas tanto por servidores públicos como por particulares, la competencia para investigar este tipo de faltas recaerá única y exclusivamente en la Procuraduría General de la Nación. Igualmente, vale la pena destacar que, dado el alcance de la doble instancia garantizado por la nueva normatividad a todos los procesos disciplinarios, también las Personerías Municipales y Distritales deberán asegurar la doble instancia en sus procesos, respecto de los cuales se infiere que la segunda instancia le corresponderá al Personero o en su defecto al Procurador Regional, cuando no pueda garantizarse la doble instancia en esos términos.

Por otra parte, esta nueva normatividad aclara que toda entidad u organismo del Estado, a excepción de las que integran la función jurisdiccional disciplinaria, debe constituir una Oficina de Control Disciplinario Interno que conozca y promueva los procesos disciplinarios en primera instancia contra los servidores públicos, la cual debe garantizar la doble instancia en todos sus procesos por medio de los nominadores, o a través del funcionario de la Procuraduría General de la Nación que deba investigar al servidor público de primera instancia.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Artículo 97 del Nuevo Código General Disciplinario, se observa como segundo factor de competencia:

(...) **El factor territorial.** Es competente en materia disciplinaria el funcionario del territorio donde se realizó la conducta. Cuando no puedan ser adelantados por las correspondientes oficinas de control disciplinario interno, las faltas cometidas por los servidores públicos en el exterior y en el ejercicio de sus funciones, corresponderán a la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con el factor objetivo y subjetivo, fueren competentes en el Distrito Capital. Cuando la falta o faltas fueren cometidas en diversos lugares del territorio nacional, conocerá el funcionario competente que primero hubiere iniciado la investigación (...)

De esta manera se aclara por la norma anterior que con fundamento en el factor territorial será competente el funcionario del lugar donde se comete la falta disciplinaria, sin embargo, en virtud del factor objetivo y subjetivo, cuando la asunción de la competencia no fuere posible en tales términos, la misma estará a cargo de la Procuraduría General de la Nación.

Por último, el Artículo 98 del Nuevo Código General Disciplinario reconoce la competencia disciplinaria por razón de la conexidad en los siguientes términos:

(...) Se tramitarán bajo una misma cuerda procesal las actuaciones que satisfagan los siguientes presupuestos: 1. Que se adelanten contra el mismo disciplinado. 2. Que las conductas se hayan realizado en un mismo contexto de hechos o que sean la misma naturaleza. 3. Que no se haya proferido auto de cierre de investigación o que no se haya vencido el término de investigación. Cuando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o

de varias que sean conexas, se investigarán y decidirán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor jerarquía.

En este punto vale la pena aclarar que se presentar algún conflicto de competencia, el funcionario incompetente remitirá lo antes posible el expediente en el estado en que se encuentre, al funcionario competente. Sin embargo, si el nuevo funcionario se declara incompetente deberá remitir el expediente al superior o jefe inmediato para que dirima el conflicto. Igualmente, esta situación aplicará cuando ambos funcionarios de declaren competentes para conocer del proceso.

Ahora bien, la novedad que existe en Colombia a partir de la expedición del Código General Disciplinario actual es que se garantiza la doble instancia en materia disciplinaria para todos los funcionarios del nivel nacional o sector central⁸, siendo la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación la primera instancia; y el Procurador General de la Nación la segunda instancia.

Recapitulando todo lo anterior, se observa que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 1952 de 2019, son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan

⁸ Vicepresidente de la República, los Ministros del Despacho, los Congresistas, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Gerente del Banco de la República y sus demás miembros de la Junta, el Alcalde Mayor de Bogotá, los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, el Auditor de la Contraloría General de la República, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contador General de la República, los Generales de la República u Oficiales de Rango Equivalente, el Personero Distrital de Bogotá, el Contralor de Bogotá, los Directores de Departamentos Administrativos del orden nacional y del Distrito Capital, los miembros de la Autoridad Nacional de Televisión-ANTV y demás servidores públicos del orden nacional de igual o superior categoría, el Viceprocurador, los Procuradores Delegados, los Procuradores Auxiliares, el Secretario General de la Procuraduría, el Veedor de la Procuraduría, el Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público, el Director Nacional de Investigaciones Especiales y el Secretario Privado.

funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales⁹.

En ese sentido, la misma Ley 1952 de 2019 y la Ley 1796 de 2016 señalan que los notarios y los curadores urbanos, respectivamente, serán investigados y sancionados disciplinariamente por la Superintendencia de Notariado y Registro, sin perjuicio del poder preferente que ejerza al respecto la Procuraduría General de la Nación; los funcionarios de la Rama Judicial, los conjueces y jueces de paz que serán investigados y sancionados disciplinariamente por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y por las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales.

Los miembros de la fuerza pública serán disciplinados conforme a su reglamentación especial, esto es, la Ley 1862 de 2017 en el caso de Fuerzas Militares y la Ley 1015 de 2006 para el caso de la Policía Nacional (Ramírez Mendoza, Carrillo Charry, & Sánchez Rueda, 2018).

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a dicho Código. También son disciplinables, en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se

⁹ Artículo 53 de la Ley 734 de 2002. Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos. Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria (Restrepo Rincón, 2019).

La potestad disciplinaria en el sector público es ejercida de forma preferente por la Procuraduría General de la Nación, pero también por las Personerías, las Oficinas de Control Interno, los funcionarios con potestad disciplinaria y la jurisdicción disciplinaria.

Al respecto el artículo 67 de la aún vigente Ley 734 del año 2002, que será sustituida a partir del 01 de julio de 2021 por la Ley 1952 de 2019, establece que el ejercicio de la acción disciplinaria está en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, los Consejos Superiores y Seccionales de la Judicatura, la Superintendencia de Notariado y Registro, los Personeros Distritales y Municipales; las oficinas de control disciplinario interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado; y los nominadores o superiores jerárquicos inmediatos. Esta competencia es recogida por la Ley 1952 de 2019 en los artículos 4, 76 y 240.

3.2 El procedimiento disciplinario en Colombia

La potestad disciplinaria en Colombia ha sido concebida como aquella facultad que tiene el mismo Estado para sancionar a sus agentes por el incumplimiento de sus funciones (Mejía, J., 2015, pág. 147), en razón a la infracción del régimen de derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses (Defensoría del Pueblo, 2016). Esta potestad se expresa, como bien lo ha referido la Corte Constitucional, en un derecho que solo tiene y puede ejercer el Estado de manera

preventiva, sancionatoria y controladora, con carácter independiente y coercible (Sentencia, 2014).

De esta forma, la Constitución Política de 1991, a través de los artículos 117, 277 núm. 5 y 6., y 278 núm. 1 y 2 otorgó a la Procuraduría General de la Nación el ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria con que cuenta el Estado. En ese sentido, el Artículo 117 reconoce a esta autoridad como un órgano de control independiente de las demás ramas del poder público; el numeral 5 del Artículo 277 refiere que esta autoridad debe “velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991); el numeral 6 del mismo artículo señala que estará a cargo de ella la “vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991); el numeral 1 del Artículo 278 dispone que esta autoridad cuenta con potestades para desvincular a los funcionarios públicos que infrinjan de forma determinada la Constitución o la ley; incrementen su patrimonio de manera ilícita o ilegal, haciendo uso de su cargo o en ejercicio de sus funciones; obstaculizar gravemente, las investigaciones promovidas por autoridades administrativas o jurisdiccionales, incluidas las suyas; y oponerse a la investigación y sanción de faltas disciplinarias desplegadas por empleados de su dependencia, o a la denuncia de delitos que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo; y el numeral 2 del mismo artículo refiere la emisión a cargo de esta autoridad de conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

El Artículo 83 del Nuevo Código General Disciplinario-Ley 1952 de 2019, señala que:

La acción disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación; la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, o quienes hagan sus veces; la Superintendencia de Notariado y Registro; los Personeros Distritales y Municipales; las Oficinas de Control Disciplinario Interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado; y los nominadores (...). El poder disciplinario de los Personeros Distritales y Municipales no se ejercerá respecto del Alcalde y los Concejales. Tal competencia corresponde a la Procuraduría General de la Nación (Congreso de la República, 2019).

En ese orden de ideas, se tiene que dicha normatividad contempla tanto la función administrativa disciplinaria como la función jurisdiccional disciplinaria, sin embargo, como se aclaró al comienzo de este acápite solo se abordará para efectos de la presente investigación lo que concierne al ejercicio de la función administrativa disciplinaria, por lo que de esta manera se analizará el desarrollo del procedimiento administrativo disciplinario (Art. 84 L. 1952/19) por parte de la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Distritales y Municipales, y las Oficinas de Control Interno Disciplinario, por cuanto estas entidades adelantan control disciplinario preferente (Procuraduría General de la Nación) y control disciplinario general en contra de servidores públicos que no están sometidos a un régimen especial (Congreso de la República, 2019, pág. 32), como sí ocurre con el caso de la Superintendencia de Notariado y Registro (Legis, 2019), cuya función es promover el ejercicio del control disciplinario con carácter excepcional, solo

respecto de los notarios y curadores urbanos (Congreso de la República, 2016) (Sentencia , 2012).

La ley disciplinaria se encarga de “velar por la correcta actuación de los servidores públicos y de los particulares, cuando estos atiendan determinadas funciones o servicios públicos” (Brito, Etapas del proceso disciplinario, 2019). En ese sentido, el proceso disciplinario se sigue a través de un procedimiento para “determinar la existencia o no de una falta disciplinaria, y cuando corresponda, para la imposición de la sanción (Brito, Etapas del proceso disciplinario, 2019).

Igualmente, como bien lo señala Hernández Rueda (s.f) para el caso del derecho privado, a partir de la subordinación se desprende el concepto de potestad disciplinaria como “el medio para corregir la conducta de los trabajadores que incumplen las obligaciones que le impone la ley, el reglamento interno y el contrato de trabajo”. En esa medida el objetivo del derecho disciplinario en la esfera del derecho laboral es el “cumplimiento individual, consciente y sistemático de todas las regulaciones de cualquier nivel vigentes en todos los campos y materias aplicables a la actividad de una organización, por parte de quienes en ella trabajan” (Estrada Portales, 2009).

El proceso disciplinario tiene por objeto garantizar una estricta vigilancia en el cumplimiento de los deberes especiales que se imponen a los servidores públicos (arts. 2º, 121 y 123 C.P.) y su consecuente responsabilidad (art. 6º C.P.), así como preservar el ejercicio de la función pública conforme con los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad (Sentencia C-013, 2001).

En el derecho disciplinario aplicable a los servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas, el objetivo primordial del Derecho Disciplinario, consiste en garantizar la efectividad, eficacia, eficiencia y sobre todo la dignidad del servicio público correspondiente, para lograr de esta manera la adecuada marcha de la administración pública y, en consecuencia, poder brindar a los administrados una función pública ejercida en beneficio de ellos y de la comunidad en general y, asegurar la protección de los derechos y libertades de los asociados (Sentencia C-892, 1999).

En ese sentido, cuando se comete o se despliega una conducta que ha sido catalogada como falta disciplinaria a la luz de las normas aplicables de manera general o específica a los servidores públicos se da inicio a un proceso disciplinario.

Por otra parte, en el sector privado, se tiene que el proceso disciplinario se da con ocasión de una falta cometida en el desarrollo de la actividad laboral o contractual que incluso pueda dar lugar a su terminación.

En el caso de las profesiones reguladas, el proceso disciplinario se produce como consecuencia de una denuncia originada en la comisión de una presunta falta contra el régimen de ética profesional que contempla el estatuto profesional o disciplinario aplicable a cada profesional.

El proceso disciplinario ha sido definido como el conjunto de actos concatenados que

conducen a la formación y expresión de la voluntad administrativa, en el sentido de determinar si hay lugar o no a exigir responsabilidad disciplinaria a un servidor público (Sentencia T-713, 1999).

El régimen sancionatorio de la conducta desplegada por los servidores públicos - derecho disciplinario-, pretende entonces regular las relaciones que se presentan entre éstos y la Administración, de modo que la función administrativa, que se encuentra al servicio de los intereses generales, se desarrolle en estricto cumplimiento de los principios de imparcialidad, celeridad, transparencia, eficacia y moralidad exigidos por el artículo 209 de la Constitución Política (Sentencia C-307, 1996)

Dada la naturaleza de la función administrativa, instituida -entre otros objetivos- para proteger los derechos de la comunidad, se han establecido controles para que la actividad de los funcionarios estatales se adecue a los imperativos de la eficacia, eficiencia y la moralidad. Por ello, cuando un servidor público incumple sus deberes, incurre en comportamientos prohibidos por la Constitución o la ley, o viola el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, comete una falta disciplinaria que debe ser sancionada por las autoridades competentes, previamente definidas por el legislador. El control disciplinario se convierte entonces, en un presupuesto necesario para que en un Estado de derecho se garantice el buen nombre y la eficiencia de la administración, y se asegure que quienes ejercen la función pública, lo hagan en beneficio de la comunidad y sin detrimento de los derechos y libertades de los asociados (Sentencia C-057, 1998).

El proceso disciplinario se define como una sucesión ordenada de actuaciones encaminadas a establecer la verdad, específicamente la verdad sobre la conducta oficial de un servidor público, por lo cual no tendría sentido que la calificación efectuada durante las etapas iniciales de tal proceso se convierta en un límite para quien evalúa razonablemente, en la fase final, lo recaudado durante las investigaciones para establecer los hechos y la responsabilidad disciplinaria que de ellos se pueda derivar (Sentencia T-1093, 2004)

La Corte ha señalado unos requisitos mínimos que deben observar los funcionarios que gozan de potestad disciplinaria, para que el debido proceso sea efectivo, según los cuales, todo investigado tiene derecho a: "La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones." (Sentencia C-013, 2001).

En relación con los aspectos en común que rigen los procesos disciplinarios se encuentra que la doctrina (Brito, Etapas del proceso disciplinario, 2019) ha orientado, por lo menos en el proceso disciplinario adelantado contra servidores públicos, las etapas mínimas con que debe contar el mismo, a saber:

- Indagación previa, la cual no es obligatoria cuando se tenga certeza tanto de la falta como de que el investigado disciplinariamente es el presunto autor de la infracción disciplinaria.
- Investigación disciplinaria
- Suspensión disciplinaria, de la cual también se puede prescindir si no se estima necesaria.
- Cierre de investigación y evaluación
- Juzgamiento

De esta manera las etapas obligatorias del proceso disciplinario en el sector público, conforme al nuevo Código General Disciplinario (Art. 208 al 233) son las siguientes:

- i) Investigación disciplinaria
- ii) Cierre de la investigación y evaluación
- iii) Juzgamiento

Igualmente, el nuevo Código General Disciplinario señala que “al final de la etapa de

indagación previa, o una vez dispuesto el cierre de la investigación y hecha la evaluación, el proceso puede concluir con el archivo de la actuación, o continuar en la etapa siguiente. Una vez culmina el juzgamiento, puede terminar con absolución del investigado y archivo del proceso o con la sanción correspondiente. Cumplida esta fase, pasa a la segunda instancia. Como nota destacable, esta última se desenvuelve mediante procedimiento escrito” (Brito, Etapas del proceso disciplinario, 2019).

En relación con el derecho disciplinario aplicable a los servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas, se tiene que atendiendo a la regulación normativa general que se surte para estos, con base en la aún vigente Ley 734 de 2002, el proceso disciplinario se puede adelantar bajo dos modalidades de procedimiento: Procedimiento ordinario y procedimiento verbal (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2012).

El procedimiento ordinario se estructura de la siguiente forma (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2012):

- Realización de la conducta
- Noticia disciplinaria: Queja, informe de oficio, notoriedad pública, propia percepción, anónimo.
- Evaluación de la noticia disciplinaria: Auto inhibitorio, indagación preliminar, o apertura de la investigación y citación a audiencia.
- **Indagación preliminar:** Seis meses o doce para falta contra el Derecho

Internacional Humanitario y los Derechos Humanos.

- Evaluación de la indagación preliminar: Archivo o apertura de la investigación y citación a audiencia.
- **Apertura de investigación:** Verificación de la conducta, establecimiento del carácter de la falta, individualización del autor o descarte como causal de exclusión.
- **Evaluación de la investigación:** Archivo o pliego de cargos.
- **Auto de cierre de investigación:** Art. 53 Ley 1474 de 2011.
- **Pliego de cargos:** Art. 163 Código Disciplinario Único
- Traslado para descargos: 10 días para aportar o solicitar pruebas.
- **Decreto de pruebas:** Solicitud de parte o de oficio
- **Traslado para alegatos:** 10 días, previos al fallo de primera instancia, Art. 55 de la Ley 1474 de 2011.
- **Fallo de instancia:** 20 días, Art. 56 de la Ley 1474 de 2011.

En resumen, el esquema es el siguiente: Queja, Indagación preliminar, investigación disciplinaria, cierre de la investigación, calificación de la investigación, descargos, pruebas, alegatos de conclusión, fallo de primera instancia, notificación y ejecutoria del fallo en estrados, recurso de apelación, fallo de segunda instancia y notificación personal del fallo de segunda instancia.



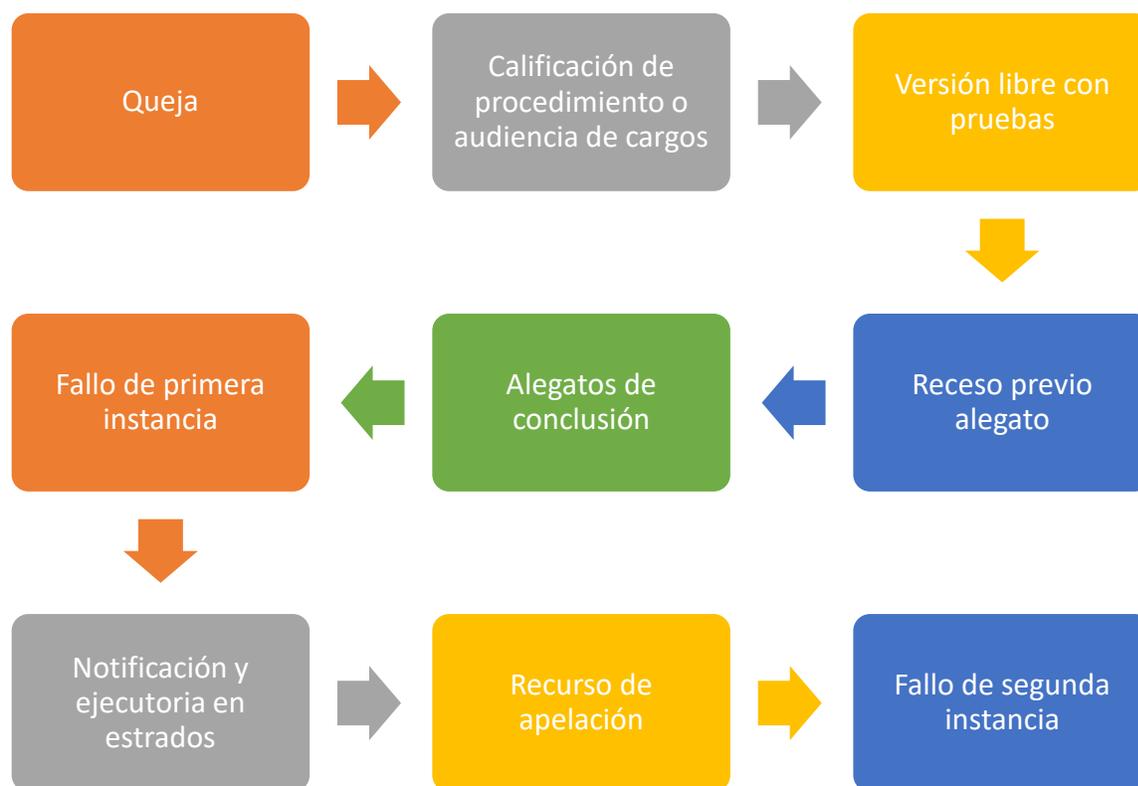
Fuente: Propia

El procedimiento verbal se estructura de la siguiente forma (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2012):

- Queja o informe de oficio
- Calificación de procedimiento o audiencia de cargos: 5 a 15 días. Art. 57 de la Ley 1474 de 2011.
- Versión libre con pruebas: 3 días de audiencia o suspensión de 5 días fija fecha de pruebas. Art. 58 de la Ley 1474 de 2011.
- Receso previo alegato: Tiempo para presentarlas, 3 a 10 días.
- Alegatos de conciliación: 2 días después de la notificación. Art. 59 de la Ley 1474 de 2011.
- Fallo de primera instancia: 2 días concluida la intervención. Art. 178 de la Ley

734 de 2002.

- Notificación y ejecutoriada en estrados: Art. 79 Ley 734 de 2002.
- Recurso de apelación: Sustentar en audiencia. Art. 59 de la Ley 1474 de 2011.
- Fallo de segunda instancia: 10 días. Art. 59 de la Ley 1474 de 2011.



Fuente: Propia

Ahora bien, en relación con las sanciones que le pueden ser impuestas a un servidor público, se tiene que el artículo 45 de la aún vigente Ley 734 de 2002-Código Disciplinario Único, señala como tales las siguientes:

1. La destitución e inhabilidad general implica: a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o c) La terminación del contrato de trabajo, y d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.
2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.
3. La multa es una sanción de carácter pecuniario.
4. La amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida. Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en período diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva (Congreso de la República de Colombia, 2002).

De esta manera, la misma Ley disciplinaria al igual que la jurisprudencia y la doctrina han reconocido las distintas sanciones que le son aplicables a un servidor público derivadas de un proceso disciplinario, además que el término en relación con cada una de ellas también ha quedado claro de la siguiente forma: Destitución e inhabilidad general, que impide a un servidor público el ejercicio de funciones públicas por un término mínimo de diez (10) años y un término máximo de veinte (20) años;

suspensión e inhabilidad especial, que implica la desvinculación del funcionario o empleado público en el cargo por el término mínimo de un (1) mes y máximo de doce (12) meses; multa, que puede oscilar entre diez (10) salarios diarios a ciento (180) salarios diarios legales vigentes; y amonestación, que consiste en un llamado de atención realizado con copia a la hoja de vida del servidor público (Ley 734 de 2002) (Sentencia C-500 de 2014) (Mondragón, 2017).

Ahora bien, este panorama cambiará con la entrada en vigencia el 01 de julio de 2021 de la Ley 1952 de 2019-Código General Disciplinario, la cual modifica las sanciones de la siguiente forma:

1. Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años para las faltas gravísimas dolosas.
2. Destitución e inhabilidad general de cinco (5) a diez (10) años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima.
3. Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) a cuarenta y ocho (48) meses e inhabilidad especial por el mismo término para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave.
4. Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) a veinticuatro (24) meses e inhabilidad especial por el mismo término para las faltas graves dolosas.
5. Suspensión en el ejercicio del cargo de uno (1) a dieciocho (18) meses para las faltas graves culposas.
6. Multa de veinte (20) a noventa (90) días de salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves dolosas.
7. Multa de cinco (5) a veinte (20) días de salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves culposas. En el evento en que el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante su ejecución,

cuando no fuere posible ejecutar la sanción, se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial (Congreso de la República, 2019).

En este punto, solo resta aclarar que la sanción de inhabilidad siempre será accesoria o dependiente, pero autónoma o con carácter propio, puesto que si bien la destitución va acompañada de inhabilidad general y la suspensión va ligada con la inhabilidad especial, los efectos que producen son distintos en ambos casos, pues la destitución implica la separación absoluta o total del cargo y la suspensión conlleva la desvinculación temporal del ejercicio del cargo, pero lo que obliga a cumplir la “prohibición de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo disciplinario” (Sentencia C-500 de 2014, 2014) es la inhabilidad general o la inhabilidad especial, que acompaña a la sanción de destitución o suspensión en cada caso, respectivamente.

En ese orden de ideas, como bien lo refirió a manera de ejemplo la Sentencia C-1076 de 2002 la destitución e inhabilidad general “son sanciones que deben ser aplicadas simultáneamente cuando se configuran los supuestos previstos en el numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002; de manera que no resulta posible imponer la sanción de destitución sin prever, al mismo tiempo, la inhabilidad general”, pues, aunque los resultados que produzcan en la práctica son diferentes, son sanciones que deberán

imponerse de forma concurrente, debido a las consecuencias adversas y simultáneas que generan los efectos de la decisión (Sentencia C-1076 de 2002).

En la actualidad, este procedimiento disciplinario fue ajustado por la entrada en vigencia de la Ley 2094 de 2021, en los apartados que corresponden a la división de roles en los procesos disciplinarios adelantados por la Procuraduría General de la Nación, de manera que distintos académicos expertos en el área, han sintetizado dicha división de roles por dependencias al interior de este órgano de control, de la siguiente forma



Fuente: Silvio Luis Rivadeneira Stand (2021)

En ese sentido, vale la pena destacar que la normativa nueva en mención ordenó la creación de una Sala de Instrucción para promover las actuaciones disciplinarias hasta la notificación del pliego de cargos o la decisión de archivo contra servidores públicos, incluso los de elección popular (Núm. 21 a 24, Art. 7 Decreto 262 de 2000, Art. 6. Resolución 207 de 2021). Esta Sala estará integrada por las Procuradurías Primera y Segunda Delegada para la Contratación Estatal (Art. 6. Resolución 207 de 2021).

Por su parte, la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular de la Procuraduría General de la Nación, en cumplimiento del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos proferida contra Gustavo Petro vs. Colombia, tendrá a cargo el juzgamiento y fallo de primera instancia de los procesos disciplinarios adelantados contra estos servidores, quienes serán investigados por la Sala Disciplinaria de Instrucción referida previamente; y asimismo, asumirá el conocimiento de los recursos de apelación y queja, interpuestos contra las decisiones emanadas por las Procuradurías Provinciales, Regionales, Distritales y Delegadas, en contra de servidores públicos de elección popular (Art. 8. Resolución 207 de 2021). Esta Sala estará integrada transitoriamente por la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos y a la Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado (Art. 8. Resolución 207 de 2021).

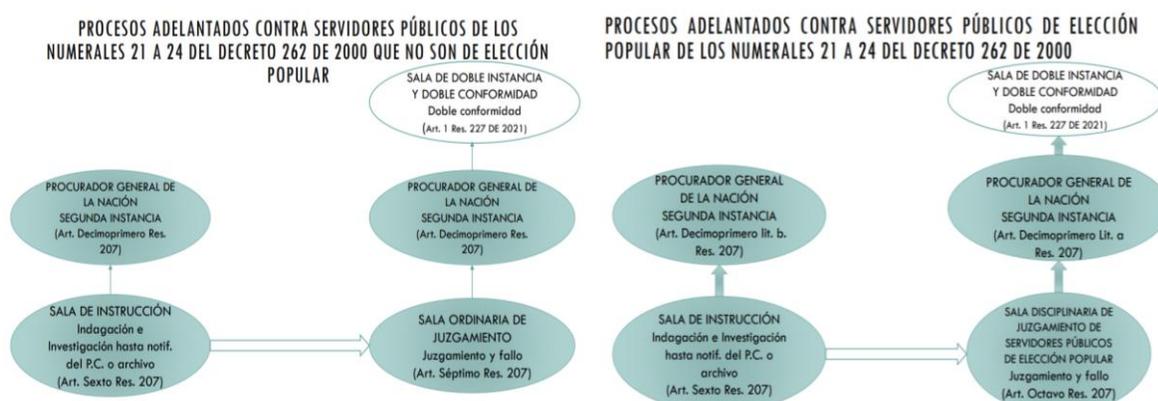
Adicionalmente, la actual Sala Disciplinaria (ordinaria) de la Procuraduría General de la Nación, asumirá el conocimiento en primera instancia del juzgamiento de los procesos disciplinarios contra los servidores públicos de los numerales 21 al 24 del Decreto 262 de 2000¹⁰, salvo los que sean de elección popular; y conocerá de los recursos de

¹⁰ Congresistas, por faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de dicha calidad o durante su ejercicio, en este último caso, aunque hayan dejado de ser congresistas. Vicepresidente de la República, los Ministros del Despacho, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Gerente del Banco de la República y demás miembros de su Junta Directiva, el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., por faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de dicha calidad o durante su ejercicio, en este último caso, aunque hayan dejado de ejercer el cargo. Magistrados del Consejo Nacional Electoral, el Auditor de la Contraloría General de la República, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contador General, los Generales de la República y oficiales de rango equivalente, el Personero y el Contralor de Santa Fe de Bogotá, D.C., los Directores de Departamentos Administrativos del orden nacional y del Distrito Capital, los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión y demás servidores públicos del orden nacional de igual o superior categoría, por hechos cometidos en ejercicio de sus funciones. Viceprocurador, los Procuradores Delegados, los Procuradores Auxiliares, el Secretario General, el Veedor, el Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público, el Director Nacional de Investigaciones Especiales y el Secretario Privado.

apelación interpuestos contra las decisiones adoptadas por procuradores delegados, salvo cuando se trate de servidores de elección popular (Art. 7. Resolución 207 de 2021).

De esta manera, vale la pena precisar que en Colombia actualmente se ha dividido el rol de investigación respecto de juzgamiento al interior del mismo órgano de control disciplinario y de las autoridades que integran y tienen a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria en Colombia, como Personerías Distritales y Municipales y Oficinas de Control Interno Disciplinario.

Así pues, se ilustra a continuación la estructura de división de roles de investigación y juzgamiento al interior de la Procuraduría General de la Nación:



Fuente: Silvio Luis Rivadeneira Stand (2021).

b) Potestad Administrativa Disciplinaria en España

3.3 La competencia para investigar y sancionar faltas disciplinarias en el ordenamiento jurídico español

La potestad administrativa disciplinaria en España cuenta con matices similares a la de la potestad administrativa disciplinaria en Colombia, pues parte de la potestad sancionadora de la administración, que se basa en la supremacía y en las relaciones especiales de sujeción.

No obstante, a partir de lo señalado por el artículo 93, numerales 2 y 3 del Estatuto Básico del Empleado Público se reconoce que al interior de la administración pueden ser responsables disciplinariamente tanto los funcionarios públicos o el personal laboral que induzca a la realización de comportamientos constitutivos de faltas disciplinarias, como los funcionarios públicos o personal laboral que encubran faltas cometidas de forma muy grave o graves, cuando de ellas se devenga un daño grave para la administración o los ciudadanos.

En ese sentido, como quiera que para la presente tesis es importante verificar el ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria, en aras de establecer su posible judicialización más adelante, es menester abordar el tópico que corresponde a este capítulo solo desde la perspectiva de los funcionarios o trabajadores públicos que prestan sus servicios en la administración pública española.

De esta manera, siguiendo a Quintana López (2010) el Estatuto Básico del Empleado Público aplica para el conjunto de empleados públicos en general, con criterios homogéneos, que permite integrar “funcionarios o sometidos al régimen laboral” (p. 10), por lo que las disposiciones normativas contempladas por parte del mismo, rigen para

los funcionarios y empleados públicos, incluidos los de las comunidades autónomas, a las que les corresponde generar su desarrollo normativo al respecto para los funcionarios públicos; y su ejecución para el personal laboral, derivada de la legislación estatal o autonómica, según la administración de que se trate.

Así las cosas, como bien lo expone este autor, a pesar que el régimen disciplinario del personal laboral se rige por la legislación laboral, en lo no previsto por el Título VII del Estatuto Básico del Empleado Público “son comunes a ambos regímenes disciplinarios como elementos interpretativos, los principios y reglas que contiene el Capítulo IV, del Título III, del EBEP (artículo 52, párrafo segundo)” (p. 12).

En España la potestad sancionatoria del Estado nace como resultado de la adopción que se hizo al respecto de la legislación francesa con posterioridad a la Revolución Francesa de 1789, lo cual implicó el ejercicio tanto de autocontrol como de facultad punitiva de la administración (Díaz, 2016, pág. 59). Ambas potestades evolucionaron del Siglo XIX al Siglo XX, al punto que en España el ejercicio de autotutela evolucionó para dar paso al control judicial de sus decisiones por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es decir, que se pasó de “un sistema de autocontrol de la administración a un sistema de control de la administración por parte de los tribunales de justicia” (Díaz, 2016, pág. 65); y el ejercicio de las atribuciones punitivas de la administración, fueron definidas como facultades sancionatorias que no riñen con la función judicial, como quiera que el legislativo ha delegado esa potestad especial en la administración para promover su independencia de las otras ramas del poder público (Díaz, 2016, pág. 68).

En ese sentido, se observa que España en su proceso de evolución del derecho administrativo sancionador, ha contado con normas a favor y con normas en contra de dicha potestad, por ejemplo el Código Penal de 1850 reconoció en su último artículo la potestad que tiene la administración de sancionar con penas a los infractores de reglamentos y ordenanzas administrativas; el Proyecto de Código de Constitución Federal de la República Española de 1873, que intentó implantar el monopolio judicial en materia sancionatoria, al prohibir al poder ejecutivo la imposición de penas personales o pecuniarias, con lo cual solo se le reconocería potestad punitiva al poder judicial; la Ley de Prensa del 26 de julio de 1883, que contempló un recurso suspensivo ante el juez penal contra la sanción administrativa; y el Real Decreto del 22 de diciembre de 1908, que en el caso de defensa a los consumidores, contiene una parte sancionadora, donde se encarga a la administración de promover la investigación en estos casos, pero la competencia para sancionar la otorga a los tribunales (Díaz, 2016, pág. 68).

De esta manera se puede observar cómo durante el Siglo XIX en España la potestad sancionatoria era casi exclusiva del poder judicial, como quiera que en ciertos eventos la administración solo podía promover la fase investigativa, y en otros casos, se podría tramitar un recurso suspensivo ante los jueces penales en contra de las sanciones administrativas. Ahora bien, durante la transición del Siglo XIX al Siglo XX es que se observa el otorgamiento de la potestad sancionatoria a autoridades administrativas centrales, en el marco de la Dictadura de Primo Rivera, pues como bien lo señala Díaz Fraile (2016):

Un Real Decreto-Ley de 18 de mayo de 1926 establecerá que en materias administrativas y disciplinarias el Gobierno usará de facultades discrecionales en

la adopción de medidas e imposición de sanciones sin otro límite que el que señalen las circunstancias y el bien del país y le inspire su rectitud y patriotismo, admitiéndose solo un recurso ante el Consejo de Ministros, cuya resolución sería inapelable. Por lo demás, y en general, la legislación de la Dictadura supone la consagración y generalización de la atribución de potestades sancionadoras a órganos superiores de la Administración Central (pág. 68).

Esta Dictadura hace que la potestad sancionatoria de la administración adquiera más vigor, como quiera que en Leyes como la de la Defensa de la República del 21 de octubre de 1931 y la de Orden Público del 28 de julio de 1933, consoliden los nuevos poderes sancionadores tanto del Ministro de la Gobernación como del Consejo de Ministros (Díaz, 2016, pág. 69).

Estas potestades se transmiten a la Constitución de 1978, la cual además de ratificar dicha facultad sancionatoria, también otorga poderes sancionatorios a las Administraciones Autonómicas, en virtud de descentralización política reconocida a las Comunidades Autónomas (Díaz, 2016, págs. 69-70). En ese orden de ideas, la administración cuenta con la potestad para imponer sanciones con la Constitución de 1978, lo cual fue justificado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia STC77/1983, a través de la cual refirió “la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia, como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos; o de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados” (Pérez, 2008, págs. 9-10).

En ese orden de ideas, se tiene que en España al igual que en Colombia, el derecho disciplinario nace de la relación de especial sujeción que existe entre los servidores públicos y el Estado, como una potestad doméstica (Santamaría, 1998, pág. 377) de que goza la administración para sancionar a sus funcionarios o empleados públicos por la comisión de infracciones en el ejercicio de su cargo.

Bajo ese panorama, también se aprecia la posición de autores como Sampol Pucurull, Sáenz de Santamaría y Grangel Vicente (2013), quienes consideran que el derecho disciplinario opera como una potestad restrictiva que tiende a perpetuar la imparcialidad y la rectitud del funcionario, la cual debe ser correctamente empleada para evitar que se incurra en desviaciones del poder (pág. 9). En esa línea, el derecho disciplinario nace de los Artículos 103 y 25.1 de la Constitución Española, como una:

Potestad sancionatoria dirigida a las personas encargadas de desarrollar y ejecutar los mandatos de la Administración a la que le sirven, y por ello aparece ligada, por un lado, a los principios que rigen las potestades sancionatorias y, por otro, a los que rigen la propia esencia y organización de la función pública. Por tal motivo, el principio de legalidad se modula en este caso atendiendo a la configuración misma de la función pública y a los principios que la fundamentan (Sampol, 2013, pág. 10).

En relación con lo citado previamente, se avizora que la potestad sancionatoria en materia disciplinaria, aunque nace de la relación de especial sujeción entre los servidores públicos y el Estado para garantizar la función pública, debe ser modulada por el principio de legalidad en lo que respecta primordialmente a la tipicidad de las faltas que constituyen infracción al deber público o funcional del Estado:

El principio de legalidad en este ámbito se modula en función de lo que es el fin de lo disciplinario: la garantía de la prestación recta de un servicio en el ámbito de una relación de sujeción especial. Por ello se permite prescindir de la Ley formal en aquellos casos en que lo que se va a regular recaiga más en el ámbito organizativo y de eficacia de la Administración que en el de la garantía de derechos, lo que, sumado a la imposibilidad de privación de libertad a través de las sanciones disciplinarias, redundará en la posibilidad de utilización de la norma reglamentaria en este concreto ámbito (Sampol, 2013, pág. 12).

A partir de lo anterior, se tiene que las normas del derecho administrativo sancionador aplican a los servidores públicos, en la medida, en que con ellos se traba una relación de especial sujeción con el Estado, por lo que a diferencia del resto de los administrados se encuentran en una posición de alguna manera subordinada o dependiente, que justifica la restricción de garantías constitucionales en el Derecho Disciplinario (Garberi, 2016, págs. 104-109). En ese sentido, como bien lo refiere Pemán (2000):

A excepción del régimen disciplinario de los estudiantes, las leyes que regulan los regímenes disciplinarios de las situaciones de sujeción especial más importantes- militares, reclusos, funcionarios, o incluso objetores de conciencia-tienen un mayor contenido que las leyes que regulan el régimen sancionador correspondiente a otros ámbitos que no constituyen relaciones de sujeción especial (pág. 164).

Actualmente el numeral 3 del Artículo 25 de la Ley de Régimen Jurídico de Sector Público señala que: “Las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por

las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo” (Jefatura del Estado, 2015).¹¹ De lo cual se desprende que la observancia del principio de legalidad y demás principios de la potestad sancionadora en el ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria respecto del personal a su servicio, hace que se aplique de forma plena, absoluta y sin fisuras el principio de legalidad a los funcionarios públicos en el ámbito de la actuación administrativa disciplinaria (Garberi, 2016, págs. 109-113).

De esta manera, las disposiciones disciplinarias que prevé esta normatividad aplican a aquellos funcionarios que cometan faltas disciplinarias o realicen comportamientos que constituyan infracción administrativa, a partir de su expedición; y las mismas:

Solo producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición (Garberi, 2016, págs. 113-114).

En esta instancia, vale la pena aclarar que en España al igual que en Colombia la función disciplinaria es tanto administrativa como jurisdiccional, razón por la cual la Administración Central y Descentralizada es la encargada de adelantar el control disciplinario a sus funcionarios públicos; en tanto que el Consejo General del Poder Judicial es el que tiene la competencia:

¹¹Esta nueva normatividad cobija tanto a los funcionarios administrativos como a cualquier empleado público, cuyo régimen estatutario no sea el de aquellos.

Para exigir responsabilidad disciplinaria a Jueces y Magistrados, mediante la incoación de un expediente disciplinario que tiene por objeto establecer el alcance de la conducta realizada por el juez o magistrado, el Consejo resuelve sobre la existencia de infracción y la imposición de la sanción pertinente (Poder Judicial España, 2019).

En ese orden de ideas, en el caso de España las faltas disciplinarias cometidas por Jueces y Magistrados en el marco de actos y procedimientos judiciales se enmarcan en la responsabilidad disciplinaria jurisdiccional, las cuales no tienen control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como ocurre en Colombia (Díaz, 2016, págs. 140-141). Sin embargo, lo único que dista del modelo Español con relación al Colombiano, es que los Jueces y Magistrados en España también pueden ser sancionados disciplinariamente por faltas derivadas de responsabilidad disciplinaria gubernativa, por Salas o Juntas de Gobierno, en cabeza del Ministerio de Gracia y de Justicia (Lasso, 1999, pág. 232), evento en el cual las decisiones a través de las cuales se imponen las sanciones disciplinarias no son de orden jurisdiccional, y por ende, tienen control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En consonancia con todo lo anteriormente expuesto se puede decir que, a partir de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por medio del Real Decreto Legislativo 5 de 2015, todos los funcionarios públicos y el personal laboral está sujeto al régimen disciplinario, sin perjuicio de las normas que al respecto regulen también a las comunidades autónomas y a la Administración del Estado (Presidencia del Gobierno, 1986).

Además, como bien lo expone García Gómez de Mercado (2017) “en la reglamentación estatal, pueden incurrir en responsabilidad disciplinaria, además de los funcionarios autores de la falta, los que induzcan a su comisión, los jefes que las toleren y los que encubran faltas graves y muy graves” (pág. 239).

De esta forma, se observa que la aplicación de distintos regímenes disciplinarios en España, además del existente para la administración pública, como es el caso de funcionarios judiciales o personal adscrito a la Administración de Justicia (Régimen Disciplinario LOPJ del 1 de julio de 2005), miembros de la Policía Nacional (Ley Orgánica 4 del 20 de mayo de 2010), integrantes de la Guardia Civil (Ley Orgánica 12 del 22 de octubre de 2007), y personal de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8 del 27 de noviembre de 2014).

Ahora bien, haciendo referencia concreta tanto a la competencia disciplinaria como a la calidad de los sujetos disciplinables en la administración pública española, se tiene que la Ley 40 de 2015, en su artículo 25, señala que sus disposiciones normativas serán extensivas en materia de las administraciones públicas en ejercicio de la potestad disciplinaria, respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo, excepto los vinculados a ellas por contratos del sector público. Así mismo, el artículo 61 literal s, refiere a los ministros, como titulares del departamento sobre el que ejercen su competencia tienen como función imponer la sanción de separación de servicio por faltas muy graves. De igual manera, en las Comunidades Autónomas, la competencia para ejercer la potestad disciplinaria les asiste a los delegados del Gobierno, de conformidad con lo señalado en el artículo 73 de la misma Ley.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 5 del 30 de octubre de 2015, por medio del cual se aprueba el texto refundido de la Ley 7 de 2007-Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) señala del artículo 93 al 98, las diferentes pautas comunes en los procesos disciplinarios del personal de la administración pública y personal laboral.

En ese sentido, aclara que son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, los cuales se clasifican en funcionarios de carrera¹², funcionarios interinos¹³, personal laboral¹⁴, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y personal eventual¹⁵.

Conforme a lo anterior, y de acuerdo al numeral 1 del artículo 93 de mentado Estatuto Básico del Empleado Público, se puede afirmar que los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el título VII del EBEP y en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo de ese Estatuto. Así mismo, el numeral 4 de dicho artículo establece que el régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el título VII, por la Legislación Laboral.

De igual manera, el artículo 94 hace referencia al ejercicio de la potestad disciplinaria, en el cual podemos observar en sus diferentes numerales lo siguiente:

¹² Son quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

¹³ Son los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, en algunos casos en particular.

¹⁴ Es el que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas.

¹⁵ Es el que en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

1. Las Administraciones públicas serán quienes corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio (funcionarios públicos y persona laboral) en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones.
2. El ejercicio de la potestad disciplinaria se hará de acuerdo con los principios de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones; principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor; principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación; principio de culpabilidad y principio de presunción de inocencia.
3. Cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulta la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. De igual manera, se hace referencia que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la administración.

Lo anterior, ratifica una clara aplicación de los principios de la potestad disciplinaria respecto de los empleados públicos por parte de las administraciones públicas, “cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo” (García Gómez de Mercado, 2017, pág. 233), a excepción “ de quienes se encuentren vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las administraciones públicas” (García Gómez de Mercado, 2017, pág. 235), como las relaciones contractuales que provienen o derivan de contratistas y concesionarios.

En cuanto al artículo 95, este refiere las faltas disciplinarias, las cuales pueden ser muy graves, graves y leves; específicamente relaciona un listado de las faltas muy graves, pero con relación a las faltas graves, expresa que estas serán establecidas por ley de las cortes generales o de la asamblea legislativa de la correspondiente comunidad autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo circunstancias tales como:

- El grado en que se haya vulnerado la legalidad.
- La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos.
- El descrédito para la imagen pública de la Administración.

En lo que respecta a las faltas leves, se establece que las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP determinarán el régimen aplicable para estas, atendiendo las circunstancias expresas anteriormente.

Es importante precisar desde ahora, que el artículo 96 del EBEP, recoge no solo el contenido de las sanciones ya previstas, sino el régimen de prescripción de las faltas y sanciones (Art. 97), el procedimiento disciplinario y medidas provisionales (Art. 98), y la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora en materia disciplinaria, en cabeza de órganos distintos, lo cual es importante señalar antes de abordar el procedimiento disciplinario en España, para efectos de la presente investigación.

Es de anotar que, en todo caso, el Estado y las Comunidades Autónomas aún disponen de margen para desarrollar las disposiciones del EBEP, muy especialmente las

relativas al procedimiento disciplinario con un mínimo de flexibilidad y agilidad (Fuentetaja, 2007).

3.3.1 Consideraciones Especiales para la Competencia Disciplinaria en Comunidades Autónomas

La competencia del Derecho Administrativo Sancionador en España ha estado regulada por la jurisprudencia constitucional. En ese sentido, Sentencias del Tribunal Constitucional como la STC 87 del 16 de julio de 1985, permitió que las Comunidades Autónomas pudieran establecer su propio régimen sancionatorio en el marco del respeto y la salvaguarda del procedimiento administración común como bien lo refiere Oliván del Cacho (1996), de tal la manera que las únicas dos restricciones para implantar su sistema normativo sancionatorio era por una parte que no podría crear nuevas tipologías de derecho sancionador a las ya existentes; y por otra, que en lo referente al procedimiento, debía sujetarse a lo ya previsto en el procedimiento administrativo común, cuya competencia de reglamentación y regulación estaba a cargo del Estado (pág. 33).

De esta manera se entendía para aquella época que las comunidades autónomas podían contar con su propia normatividad en materia de derecho sancionador, siempre que se ciñera a lo dispuesto por la Ley de Procedimiento Administrativo, emanada por el Estado. No obstante, en Sentencias como la STC 198 del 14 de octubre de 1991, se dio a entender que como quiera que la regulación normativa en el ámbito sancionatorio era propia y diferente a la del derecho administrativo común, era viable regular los principios materiales y trámites esenciales de un procedimiento común sancionador, con fundamento en las disposiciones normativas irrogadas por el bloque de

constitucionalidad (Oliván del Cacho, 1996, pág. 36) Por lo que, en definitiva, la jurisprudencia constitucional, sin apartarse y desconocer el procedimiento básico y general, otorgó cierto margen de discrecionalidad a las comunidades autónomas para diseñar sus propios procedimientos sancionatorios.

Ahora bien, haciendo una referencia a la diferenciación que existe entre el derecho sancionador y el derecho penal en España, quedando ya claro que para el caso Colombiano la teoría de la autonomía e independencia del derecho sancionador, y para el caso particular del derecho disciplinario, con relación a otras áreas del derecho como el penal o el administrativo es más fuerte y claro, se tiene que en principio la jurisprudencia del tribunal constitucional generaba cierta similitud entre ambas áreas del derecho, por considerarlas expresiones del “ius puniendi” del Estado (Oliván del Cacho, 1996, pág. 37), sin embargo con el tiempo la doctrina, a través de autores como Nieto, permitieron establecer que el Derecho Penal apenas permitía la interpretación de ciertas expresiones del Derecho Administrativo Sancionador, el cual pertenece al área del Derecho Administrativo en España, por tratarse de un caso de una potestad reguladora y reglamentaria que proviene del Estado en el ejercicio de la función pública, justificada en la afeción a la esfera de garantías del administrado (Oliván del Cacho, 1996, pág. 39).

A partir de lo anterior, se puede observar que en España hubo varias proposiciones enmarcadas en el Anteproyecto de Ley de Sanciones Administrativas en el año 1977 y en la Proposición de Ley Orgánica reguladora de la potestad administrativa

sancionadora, a través de las cuales se pretendía generar un ámbito de aplicación específico y especial para procesos, como el disciplinario, con la creación de los respectivos órganos competentes para imponer las sanciones. Sin embargo, el Pleno del Congreso de los Diputados en decisiones como la del 27 de febrero de 1986, dio cuenta de la oposición a la constitución de un régimen sancionatorio propio, al no querer adoptar estas propuestas, al igual que otras tendientes a limitar, controlar y unificar las sanciones administrativas (Oliván del Cacho, 1996, págs. 45-48).

3.4 Estructura del Procedimiento Administrativo Disciplinario en España

El Estatuto Básico de los Empleados Públicos (EBEP), en su artículo 98 establece las disposiciones del procedimiento disciplinario y de sus medidas provisionales, así:

1. No podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido. La imposición de sanciones por faltas leves se llevará a cabo por procedimiento sumario con audiencia al interesado.
2. El procedimiento disciplinario que se establezca en el desarrollo de este Estatuto se estructurará atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable. En el procedimiento quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos.
3. Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá adoptar mediante resolución motivada medidas de carácter provisional que

aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer. La suspensión provisional como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario no podrá exceder de 6 meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado. La suspensión provisional podrá acordarse también durante la tramitación de un procedimiento judicial, y se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. En este caso, si la suspensión provisional excediera de seis meses no supondrá pérdida del puesto de trabajo. El funcionario suspenso provisional tendrá derecho a percibir durante la suspensión las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

4. Cuando la suspensión provisional se eleve a definitiva, el funcionario deberá devolver lo percibido durante el tiempo de duración de aquella. Si la suspensión provisional no llegara a convertirse en sanción definitiva, la Administración deberá restituir al funcionario la diferencia entre los haberes realmente percibidos y los que hubiera debido percibir si se hubiera encontrado con plenitud de derechos. El tiempo de permanencia en suspensión provisional será de abono para el cumplimiento de la suspensión firme. Cuando la suspensión no sea declarada firme, el tiempo de duración de la misma se computará como de servicio activo, debiendo acordarse la inmediata reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de suspensión (Jefatura del Estado, 2015).

3.4.1 Procedimiento Disciplinario en España

El régimen de faltas disciplinarias en España contempla faltas muy graves, graves y leves, las cuales pueden ser sancionadas respectivamente con separación del cargo (aplicable solo para faltas muy graves), suspensión de funciones o traslado con cambio de residencia (faltas muy graves o graves), el demérito (faltas graves) y el apercibimiento (faltas leves). No obstante, se hace la salvedad desde ahora que para el caso de faltas muy graves y graves se debe orientar un proceso disciplinario riguroso, que agote todas las etapas en las fases tanto de instrucción como de sanción; en tanto que para las faltas leves, solo es necesario llevar a cabo el trámite de audiencia del investigado (García Gómez de Mercado, 2017, pág. 240).

En ese sentido, las sanciones a imponer a través del procedimiento disciplinario español se pueden explicar de forma más detallada de la siguiente manera: La separación del servicio, que comportará la revocación del nombramiento de los funcionarios por comisión de faltas graves; despido disciplinario del personal laboral, por la comisión de faltas graves, e implicará la inhabilitación para acceder a un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaba; suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo, en el caso de personal laboral, por un término máximo de seis años; traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el término que establezca el fallo; el demérito, que comporta la pérdida de los derechos de carrera, promoción o ascenso y movilidad, licencia o comisión voluntaria; y el apercibimiento, que se traduce en una amonestación, respecto de la cual comporta un llamado de atención por la comisión de faltas leves (Parada & Fuentetaja, 2019, págs. 547-552).

Frente a lo anterior, también es necesario destacar que la responsabilidad disciplinaria puede extinguirse por muerte, indulto, amnistía, cumplimiento de la sanción y prescripción de la falta o sanción en un plazo de 6 años, 2 años o 1 mes, dependiendo de la gravedad o levedad de la falta (muy grave, grave o leve), aunque como bien lo refiere García Gómez de Mercado (2017), la Ley 14 del 29 de diciembre de 2000 “establece un plazo de 12 meses para la resolución y notificación del procedimiento disciplinarios de los funcionarios de la Administración General del Estado (a efectos de caducidad)” (pág. 240).

Por otra parte, se tiene que los expedientes que se instruyen en el procedimiento disciplinario español se generan de forma completa para la comisión de faltas graves o muy graves, en tanto que para las faltas leves, el requisito sine qua non dentro del procedimiento será el trámite de audiencia, el cual es de carácter obligatorio para el investigado (Parada & Fuentetaja, 2019, pág. 550). En ese sentido, la imposición de faltas graves o muy graves ameritan el agotamiento de una fase de instrucción oportuna dentro de un procedimiento estricto o riguroso que debe adelantarse al respecto. No obstante, como ya se dijo previamente, en el caso de la comisión de faltas leves, el procedimiento se torna más sumario a partir de la simple exigencia de audiencia en presencia del investigado. Lo importante en uno u otro evento es que se distinga claramente la fase instructora de la fase sancionadora o resolutoria, con competencia asignada de forma distinta a dos órganos para tal efecto (Parada & Fuentetaja, 2019, pág. 549).

En la aplicación de este procedimiento vale la pena aclarar que los funcionarios que se encuentran vinculados o prestan a sus servicios a la Administración del Estado, les

rige actualmente el Reglamento del Régimen Disciplinario de Funcionarios, aprobado por medio del Real Decreto 33 del 10 de enero de 1986. En ese sentido, para el caso de estos funcionarios, le corresponde al ministro titular del Departamento en que se haya adelantado la fase de instrucción, con el aval del ministro al que esté adscrito el cuerpo al que pertenece el funcionario competente, imponer la sanción de separación del servicio, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 34 de la Ley 31 de 1990. Igualmente, les refiere a los ministros, a los secretarios de Estado, o a los subsecretarios por delegación, del Departamento al que esté vinculado el funcionario investigado, imponer la sanción de suspensión de funciones y traslado con cambio de residencia. Asimismo, le concierne al Ministro de Administraciones Públicas imponer la sanción por faltas al incumplimiento de normas que reseñan incompatibilidades en su contenido. Por último, es competencia de los subsecretarios, de los directores generales respecto del personal adscrito a la Dirección General, y de los delegados y subdelegados del Gobierno imponer la sanción de apercibimiento a los funcionarios vinculados en el respectivo ámbito territorial, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 47 del Real Decreto 33 de 1986 (Parada & Fuentetaja, 2019, págs. 550-552).

Ahora bien, el procedimiento disciplinario a partir de lo expuesto por Ramón Parada y Jesús Fuentetaja (2019), se concreta en dos fases que integran los siguientes aspectos:

- Fase 1
 - Iniciación del procedimiento, de oficio por el órgano competente; por orden del órgano superior; por moción razonada de los subordinados o denuncia de particulares. Antes de esta fase puede agotarse una etapa de

“información reservada”, en virtual de la cual no se pueden formular imputaciones, requerimientos, ni practicar pruebas.

- Nombramiento de instructor, vinculado al cuerpo o escala de igual o superior grupo del investigado, lo cual proscribe la asignación de este cargo en un funcionario interno (STS de 14 de julio de 2014); y nombramiento de secretario, cuando la relevancia o situación compleja de los hechos lo demande o amerite.
- Notificación de los nombramientos del instructor y del secretario, para que el interesado verifique la necesidad de recusarlos.
- Solicitud de suspensión provisional de las funciones, derechos y prerrogativas anexas al cargo, durante el término máximo de seis (6) meses, salvo la comprobación de dilaciones injustificadas o maniobras fraudulentas dentro del proceso, atribuibles al investigado.
- Notificación de la iniciación del procedimiento disciplinario a la Sección Sindical, Junta de Personal o Central Sindical, cuando el funcionario investigado ostente la calidad de delegado sindical, delegado de personal o cargo electivo a nivel provincial, autonómico o estatal en una organización sindical representativa.
- Desarrollo del expediente: El instructor deberá recibir la declaración del presunto infractor y evacuar las diligencias que sean necesarias para despejar dudas sobre la formulación de pliego de cargos; posteriormente, deberá formular pliego de cargos de los hechos imputados, la falta presuntamente cometida y las sanciones aplicables; seguidamente, deberá

notificarle el pliego de cargos al investigado, concediéndole un plazo de diez días para que pueda absolverlo con las alegaciones que proponga en su defensa y las pruebas aportadas y solicitadas que pretenda hacer dentro del proceso; luego, se deberán practicar las pruebas que fueron peticionadas, dentro del mes siguiente a su decreto, y se le concederá un plazo adicional de diez días al investigado para que aduzca lo que estime pertinente en su defensa y aporte nuevos documentos; después, el instructor en un plazo de diez días, formulará la propuesta de resolución en la que precisará los hechos, los motivos por los cuales se negaron pruebas y hará la valoración jurídica de toda la información consignada en el expediente, para determinar la responsabilidad del funcionario y la sanción que le debe ser impuesta; finalmente, la propuesta de resolución debe ser notificada por el instructor al interesado, para que este último en un plazo de diez días, pueda ejercer su defensa.

- Remisión del expediente al órgano que haya acordado la iniciación del proceso, luego de ser oído el investigado o transcurrido el plazo sin alegaciones (págs. 550-551).
- Fase 2
 - Antes de acoger una decisión, el funcionario u órgano competente podrá devolver el expediente al instructor para la práctica de las diligencias que resultaren ser suma o estrictamente imprescindibles u obligatorias para emitir la resolución, respecto de lo cual, el instructor tramitará una nueva audiencia al investigado antes de proferir de la misma.

- Expedición de la resolución que pone fin al expediente disciplinario, la cual deberá ser motivada y deberá resolver de fondo todas las cuestiones procesales planteadas, discutidas o debatidas, sin que puedan aceptarse hechos diferentes a los consignados en el pliego de cargos y a la propuesta de resolución, para la adopción de la decisión correspondiente, a excepción de la valoración jurídica, que si puede ser modificada.
- Adopción de la resolución, en un término de diez días, salvo en casos de separación del cargo.
- Notificación de la resolución de sanción o absolución al investigado disciplinariamente.
- Ejecución de la sanción, dentro del mes siguiente a la notificación de la resolución con la correspondiente anotación o incorporación de la sanción disciplinaria en la hoja de servicio del funcionario, así como en el Registro de Personal, con la indicación de las faltas que la motivaron (págs. 551-552).

Dos esquemas que representan las fases de investigación y de sanción en el procedimiento disciplinario ordinario español, son los siguientes:

Fase de instrucción o investigación



Fuente: Propia

Fase de sanción o resolución



Fuente: Propia

3.5 Consideraciones finales del capítulo

En lo que respecta a la estructura del derecho disciplinario en España, se tiene que como bien lo señalan algunos autores como Díaz Fraile (2016), la Constitución de 1978 reafirmó el carácter sancionatorio que tiene la Administración, en la medida que extendió sus potestades no solo a las autoridades del nivel central, sino a las descentralizadas, como las comunidades autónomas. En ese sentido, se observa la potestad sancionatoria, incluida la disciplinaria, como un privilegio de autotutela que le permite a la administración pública española imponer sanciones a sus ciudadanos, las cuales solo cuentan con control por parte de los tribunales contencioso-administrativos.

De esta manera, se aprecia que en España la situación también es preocupante en la medida que con la potestad sancionatoria de la administración se ha puesto en tela de juicio el equilibrio de poderes propio del Estado, toda vez que como bien lo refiere Díaz Fraile (2016):

En este cuestionamiento ha de partirse la identidad esencial o de naturaleza entre las sanciones impuestas por los tribunales penales y las impuestas por la Administración. Todos los esfuerzos teóricos por encontrar una diferencia ontológica entre unas y otras sanciones han fracasado y hoy se reconoce aquella identidad de naturaleza. La única diferencia clara es que las penas privativas de la libertad están excluidas tras la Constitución de 1978 (artículo 25.3) de la potestad sancionatoria de la Administración. Fuera de esto, la última opción entre la calificación penal o administrativa de las infracciones, y sus correspondientes sanciones, es una decisión legislativa de política criminal, sin que la doctrina del Tribunal Constitucional haya establecido unos límites materiales restrictivos a la

potestad sancionadora de la Administración, lo que ha permitido la expansión de esta potestad hasta los límites que conocemos hoy, cuyos límites comprometen tanto el equilibrio entre los poderes del Estado como los derechos fundamentales de los ciudadanos (pág. 70).

Frente a lo manifestado por este autor, se halla la razón como quiera que en el Estado Español la Procuraduría General de la Nación, no existe como órgano de control instituido de la misma forma en que fue creado en Colombia, razón por la cual la Administración funge desde labor administrativa, y como lo refiere el mismo autor, cuasi-judicial (Díaz, 2016, pág. 70). Lo cual denota la preocupación por garantizar la independencia, transparencia e imparcialidad respecto de cada una de las ramas del poder público, pues como también lo expone este autor:

Pero además la Administración ejerce una especie de función judicial a través de su potestad sancionadora. Esta potestad de sancionar es contraria al principio de división de poderes al invadir la función judicial que corresponde a los tribunales y además fuerza la naturaleza de las cosas pues en su ejercicio la Administración es juez y parte, lo que constituye una aberración desde los estrictos parámetros de la justicia (Díaz, 2016, pág. 70).

Aquí en este punto, se observa además de todo lo objetado por el autor en relación con la potestad administrativa sancionatoria, el cuestionamiento sobre el carácter inquisitivo pleno que se venía manejando de los procesos disciplinarios, ya que en Colombia recién se expidió el 29 de junio de 2021 la Ley 2094 de 2021 por medio de la cual se atribuyen facultades jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación y se dividen los roles de investigación y de juzgamiento al interior de este órgano de control,

así como al interior de las Personerías Distritales y Municipales y las Oficinas de Control Interno Disciplinario. Sin embargo, como se expondrá más adelante en el acápite correspondiente, la estructura que adquiere esta entidad para separar sus roles no satisface el cumplimiento de garantías, como las convencionales de autonomía, independencia e imparcialidad, sobre todo para servidores públicos de elección popular amparados en el fallo de Gustavo Petro vs. Colombia en el año 2020, pues la división de roles se sigue haciendo al interior de la misma corporación, lo cual no tiene una lógica claramente definida, marcada y estructurada en lo que respecta a su funcionamiento, de forma acusatoria o adversarial, como si ocurre en materia penal al interior del ordenamiento jurídico colombiano, donde la Fiscalía General de la Nación en calidad de órgano acusador, a pesar de pertenecer a la rama judicial, es independiente de los Jueces Penales, Salas Penales de los Tribunales de Distrito Judicial y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, quienes obran en calidad de órganos juzgadores en el tema.

Por lo que el proceso administrativo sancionador, del cual forma parte el derecho disciplinario, aún no contiene o lleva inmersa la garantía del juez imparcial predeterminado por la ley de los procedimientos administrativos sancionadores, toda vez que bajo la misma estructura del órgano de control que la tiene a cargo, siguen confluyendo o convergiendo simultáneamente la función investigadora y sancionadora, aunque se diga que se cuenta ya con un funcionario distinto en calidad de órgano instructor y a otro funcionario como órgano sancionador. Lo cual ha venido siendo criticado fuertemente por autores como García de Enterría, quien al ser citado por Trayter Jiménez (1995) refiere lo siguiente:

EL REPS “se esfuerza en aguar” la regla de separación entre órganos de instrucción y de resolución “con una interpretación puramente formalista”, invalidando así la idea esencial del artículo 134.2 de la Ley, que proviene de su formulación en las sentencias constitucionales de 12 de julio de 1988, 12 de diciembre de 1991, 23 de septiembre y 13 de octubre de 1992, de que el instructor no dependa jerárquicamente de la autoridad sancionadora, pues en otro caso la separación de órganos carece de cualquier significado (pág. 134).

Y es por tal motivo que Tribunal Constitucional Español rechaza la extensión de las garantías de independencia e imparcialidad judicial a las autoridades que tienen a cargo el derecho administrativo sancionador, incluido el derecho disciplinario, pues como bien lo expone Bandrés Sánchez (1994):

Si hay que operar en todo caso con cautela en el trasvase de garantías jurisdiccionales constitucionalizadas en el art. 24 de la Norma Fundamental naturales al orden penal al orden administrativo sancionador, la operación se revela insostenible cuando el instituto a implantar como el derecho al juez sea incompatible con la propia arquitectura del procedimiento administrativo, en que el órgano llamado a decidir la sanción es juez y parte (pág. 8).

Es así como incluso el mismo doctrinante señala que el Tribunal Constitucional en el Auto 170 de 1987 revela la imposibilidad de otorgar las mismas garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionatorio en la medida que la imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial, no se predicen de un órgano administrativo (Bandrés, 1994, pág. 9), máxime cuando:

El Tribunal Constitucional se va a entretener en definir la diferente posición que desempeñan las autoridades y funcionarios públicos en la tramitación de los procedimientos disciplinarios en relación con la posición del juez en el proceso judicial. Y así el Instructor del expediente aparece como acusador al que cabe calificar de público, en cuanto formula la propuesta de resolución, y el órgano o autoridad administrativa decidente resulta el mismo que procedió a acordar la incoación, con lo que anota eclécticamente el Superior Tribunal de garantías constitucionales que "no deja de ser juez y parte al mismo tiempo (Bandrés, 1994, pág. 9).

Igualmente, esta posición ha sido asumida por la doctrina española como un acto de reivindicación del derecho a la tutela judicial efectiva, en aras de garantizar la imparcialidad de los procesos administrativos sancionatorios en materia disciplinaria, pues la necesaria separación entre el órgano instructor y decisorio, radica en la culpabilidad demostrada que debe existir del investigado dentro del proceso disciplinario para desvirtuar de forma efectiva la presunción de inocencia que le asiste mientras que no se pruebe lo contrario (Mateo, 1993, pág. 395).

En razón de las situaciones previamente esbozadas, es que las decisiones disciplinarias tanto en Colombia¹⁶ como en España cuentan con un control judicial ante el Tribunal Contencioso-Administrativo, por medio de proceso contencioso

¹⁶ En el caso de Colombia, en virtud de la nueva Ley 2094 de 2021, las decisiones disciplinarias proferidas por la Procuraduría General de la Nación solo contarán con un recurso extraordinario de revisión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el cual no aplica para las decisiones disciplinarias de Personerías Municipales y Distritales, ni para las Oficinas de Control Disciplinario Interno, pues estas seguirán siendo objeto de revisión por medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho ante dicha jurisdicción.

administrativo, cuando sea necesario garantizar la tutela judicial efectiva, en eventos que se transgreda el derecho a la defensa (indefensión material para el interesado), se valoren equivocada o erróneamente las pruebas, se nieguen pruebas que si debieron ser decretadas (lo cual extiende la fiscalización judicial a la legalidad y oportunidad de la prueba denegada); y excepcionalmente con un control constitucional ante el Tribunal Constitucional, por medio del recurso de amparo, cuando se vulneran derechos fundamentales. Lo cual implica o conlleva solo una revisión de legalidad del proceso o procedimiento aplicado en sede administrativa, mas no una reiteración, repetición o recuperación del proceso disciplinario en sede judicial, por falta de solicitud oportuna de pruebas, que dio lugar a la no práctica de pruebas; o al planteamiento de nuevos hechos o alegaciones que no hubiesen sido controvertidos oportunamente dentro del proceso (Pérez, 2008, págs. 233-245).

En consideración propia, se tiene que ha sido tan excesivo el formalismo por parte de los constituyentes de España y Colombia que ha llevado a concebir autoridades administrativas sancionatorias, que incluso amparadas bajo la figura de un mismo órgano de control, ostentan la calidad de juez y parte y cumplen con la función misma de investigar y sancionar simultáneamente las faltas disciplinarias en el ejercicio del cargo. En ese sentido, por una parte justifican el adelanto del proceso disciplinario por una autoridad u órgano administrativo, bajo el fundamento de que como la administración tiene a su cargo los servidores públicos por principio de la relación de sujeción especial, lo cual obliga a que sea la propia administración la que defina si su comportamiento está acorde o no a los principios y reglas de la función pública; y por otra parte, además de permitir que sea la misma administración, a través de sus propias dependencias u

órganos de control de carácter administrativo sean las que investiguen las posibles conductas disciplinarias, también otorgó la potestad para imponer la sanción disciplinaria al servidor público, por lo que queda evidenciada la figura de juez y parte en los procesos administrativos sancionadores, como el disciplinario. Esto ha sido fuertemente criticado por varios autores y otras instituciones, como la de derecho penal, que cuenta con una división de funciones al respecto, pues por un lado está el órgano judicial encargado de adelantar la investigación, como ocurre en Colombia a través de la Fiscalía General de la Nación; y por otro lado está el órgano judicial encargado de imponer la sanción, como ocurre en Colombia con los Jueces Penales, Magistrados adscritos a las Salas Penales de los Tribunales de Distrito y a los Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Capítulo IV

Control Judicial de Fallos Disciplinarios proferidos en Colombia y España

Introducción

El presente capítulo de investigación evidencia la procedencia del control pleno e integral a los fallos proferidos en sede administrativa por autoridades disciplinarias, respecto de los cuales se encuentran consagrados los principios de juez natural, doble instancia y doble conformidad. De manera que, el mismo resalta las características principales de los actos administrativos disciplinarios, aclarando que, para no incurrir en nulidades al interior del proceso sancionatorio, estas decisiones deben ser expedidas por órgano o funcionario competente, sin transgresión del derecho de defensa, y en el marco de todas las garantías que avalan o respaldan un debido proceso.

Así las cosas, el acápite de esta pesquisa advierte la configuración de causales de nulidad en sede administrativa frente a los fallos disciplinarios, los cuales de mantenerse incólumes con las irregularidades del caso, podrán ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, bien sea por desconocimiento de las normas superiores en que debieron fundarse, falta de competencia, inconsistencias en el debido proceso, desviación del poder, falsa o falta motivación.

De esta manera, en primera medida se expondrán las particularidades esenciales de los fallos disciplinarios a partir de los principios del juez natural y doble instancia

aunado al de doble conformidad; para seguidamente precisar la forma en que se lleva a cabo el control de legalidad respecto de tales decisiones, en el esquema de las cinco causales de nulidad previamente señaladas; y por último, presentar el control de legalidad de los fallos disciplinarios en España, con los matices y contrastes que demanda su aplicación en relación con la revisión judicial que se hace de los mismos en Colombia.

4.1. Desarrollo del Principio del Juez Natural a nivel nacional e internacional

4.1.1 Del principio del juez natural en materia constitucional colombiana

El Artículo 29 de la Constitución Política de 1991 (Constitución Política , 1991), define el principio de juez natural como la garantía de someter un individuo a un proceso judicial regido por autoridades judiciales preexistentes. Esta definición se encuentra aunada a otros textos normativos de carácter nacional e internacional como los Artículos 5 y el numeral segundo del Artículo 153 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 , 1996), en los que se refiere la autonomía, independencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales; el Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Resolución 2200 A (XXI), 1966), que reconoce la competencia, independencia e imparcialidad como pilares de los tribunales para la administración de justicia; y el Artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969), que refiere la competencia de juez o tribunal competente, independiente e imparcial, preexistente para la adopción de decisiones que cobijen el reconocimiento de derechos y obligaciones de las personas en cualquier área del derecho, bien sea civil, laboral, fiscal, u otra.

Este principio ha sido reconocido de igual manera en distintas legislaciones e instrumentos internacionales, tales como los Principios Básicos de la Independencia de la Judicatura (Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1985), en los cuales se reconoce que los procesos judiciales deben adelantarse o promoverse sin dilaciones indebidas e injustificadas; el fallo proferido el 31 de enero de 2001 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, 2001), en virtud del cual se logró demostrar la falta de transparencia, independencia e imparcialidad en la destitución adoptada por parte del Gobierno Peruano hacia los integrantes del Tribunal Constitucional de Perú, debido a la manifiesta y comprobada persecución política promovida por el ejecutivo frente a ellos; la Observación General 13, emanada por el Comité de Derechos Humanos (Observación General 13, 1984), en la que se señala expresamente que el ingreso al Poder Judicial se hará con independencia de los demás Poderes Públicos y con garantía de independencia, imparcialidad y competencia en lo que respecta su nombramiento, duración, ascenso, traslado y cesación de funciones; y la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950), en la cual se establece que toda persona tiene derecho a ser escuchada en público, en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial y preexistente, que deberá resolver de fondo sobre el litigio.

4.1.2 Del principio del juez natural en el contexto del derecho constitucional comparado

En relación con el abordaje del principio del juez natural en el derecho comparado, se aprecia que, en virtud de lo expuesto por la Corte Constitucional (Sentencia C-597, 1996), el reconocimiento de esta garantía comprende una doble connotación, enmarcada tanto en la competencia que tiene un órgano para juzgar a una persona, como en la idoneidad e imparcialidad de que goza esa misma autoridad para conocer del asunto que se somete a su conocimiento.

Esta posición ha sido reiterada en otras sentencias con unos elementos adicionales, entre los que se destacan la competencia del funcionario que investiga, la cual debe ser distinta a la del funcionario que juzga o sanciona; la ausencia de autoridad judicial especial u ordinaria; y la evitación al máximo de juicios por parte de autoridades judiciales ad-hoc que les restan competencia a las autoridades judiciales ordinarias, preexistentes, independientes e imparciales (Sentencia C-111, 2000) (Sentencia SU-1184, 2001) (Sentencia C-870, 2002) (Sentencia C-731, 2005) (Sentencia C-720, 2006).

Por otra parte la concepción del principio de juez natural en Colombia, no dista de las acepciones que se ofrecen al respecto en otros países como Argentina o España, toda vez que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina (Sentencia Caso de Causa CXI Criminal contra Severo Chumbita, 1875), respalda el cumplimiento del debido proceso adjetivo, por medio del principio del juez

natural, como instrumento procesal para irrogar transparencia judicial en la administración de justicia, a través del cual los tribunales que deciden sobre casos judiciales deben ser permanentes, estables, preexistentes y ostentar el carácter de judicial (Díaz Ferrer, Tenuta, & Mera, s.f, págs. 3-4).

Por lo tanto, del análisis realizado al principio del juez natural en la jurisprudencia constitucional se observa que las garantías de imparcialidad e independencia de un órgano judicial para conocer de un caso, no son perpetuas por las variaciones que puede incorporar el legislador al respecto.

Así mismo, en la interpretación del Principio del Juez Natural que hace el Tribunal Constitucional Español (Ortega Gutiérrez, 2003) se aprecia la diferenciación que existe entre juez natural y juez predeterminado, entendiendo por el primero aquel que ha sido creado previa y expresamente por la ley para asumir el conocimiento de un caso; en tanto que el segundo se sustrae de esa configuración legal, para convertirse en un operador judicial extraordinario o extraprocesal que puede conducir el proceso de manera distinta al primer juez.

4.1.3 Del principio del juez natural en materia disciplinaria

En el ámbito del derecho disciplinario, el Artículo 29 de la Constitución Política de 1991 también rige para la investigación y la sanción de las faltas disciplinarias cometidas por los servidores públicos o particulares que ejerzan función pública. De esta forma, como bien lo señala Gómez Pavajeau (2009) la competencia disciplinaria asignada a la

Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas, nace del numeral primero del Artículo 278 del texto constitucional, que le otorga al Procurador General de la Nación la facultad de sancionar a los funcionarios públicos que incurran en faltas disciplinarias.

En ese sentido, el principio de juez natural en materia disciplinaria en Colombia le ha sido conferido de manera preferente y visible a un órgano de control, de carácter administrativo, independiente e imparcial que en su estructura jerárquica es desconcentrado. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional el otorgamiento de la función disciplinaria a órganos de control, genera una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, toda vez que el ejercicio de dicha función ya no le corresponde exclusivamente a una autoridad judicial, sino a una autoridad distinta a esta (Sentencia C-401, 2010).

En efecto, la separación de los poderes públicos, evidenció la necesidad de brindar un tratamiento distinto a las infracciones infligidas por servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas en entidades del sector administrativo, por lo que atendiendo a la potestad sancionatoria de la administración, la competencia para investigar y sancionar las faltas respectivas se sustrajo de la justicia penal para asignarla a órganos de control de carácter administrativo, investidos con facultad otorgada constitucionalmente para tal efecto (Ramírez-Torrado & Aníbal-Bendek, 2015).

La Corte Constitucional ha justificado la aplicación directa del Principio del Juez Natural en materia disciplinaria, de conformidad con lo dispuesto el Artículo 29 de la

Constitución Política de 1991 (Sentencia C-111, 2000), por lo que esta Corporación ha sostenido que, en aras de garantizar los principios de legalidad, defensa y debido proceso, las faltas disciplinarias deben ser taxativas o preexistentes al momento de la comisión de la conducta; las normas disciplinarias deben obedecer a la naturaleza sustantiva y procesal del derecho; y las autoridades que orientan, dirigen y resuelven los casos disciplinarios deben ser instituidas de forma preexistente a la ocurrencia de los hechos (Sentencia C-720, 2006).

Así mismo, esta Alta Corporación ha señalado que el principio de juez natural en materia disciplinaria, delimita la competencia del operador disciplinario, a partir de los presupuestos de validez de los fallos, la misma competencia preexistente de la autoridad, y la ocurrencia previa y explícita de la falta disciplinaria (Sentencia C-429, 2001).

En ese orden de ideas, la misma Corte Constitucional ha afirmado que la competencia en materia disciplinaria ha sido otorgada constitucionalmente y desarrollada legalmente, a ciertas autoridades especiales, que deben investigar y sancionar categorías específicas de administrados, como lo son a nivel judicial, las Salas Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; y a nivel administrativo, la Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas, las Personerías Distritales y Municipales, las oficinas de control interno y los funcionarios nominadores con potestad disciplinaria (Sentencia C-504, 2007).

No obstante, en relación con lo anterior, el Consejo de Estado si bien había reconocido formalmente la garantía del juez natural respecto de autoridades administrativas disciplinarias, puesto que en sentencias anteriores al 2013 había señalado que su control de legalidad no podía convertirse en una tercera instancia, además que la competencia administrativa disciplinaria era explícita y recaía sobre funcionarios preexistentes, instituidos y reconocidos por la Constitución y la Ley (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 0029-11, 2012), sin embargo con posterioridad adoptó una posición más radical, tendiente al desconocimiento de la autonomía, independencia e imparcialidad de la Procuraduría General de la Nación, al señalar que las decisiones disciplinarias emanadas por este órgano de control no gozan de independencia e imparcialidad, sino que por el contrario están viciados del ejercicio de la potestad delegada de forma piramidal o escalonada que estructura a esa autoridad, por lo que necesaria o estrictamente tales actos no pueden escapar al control exógeno judicial (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 1210-11, 2016)

En este punto ha de señalarse que, si bien la posición actual del Consejo de Estado es la de no reconocer de forma absoluta el Principio del Juez Natural respecto de ciertas autoridades administrativas disciplinarias, como la Procuraduría General de la Nación, sobre todo en casos de investigación y sanción disciplinaria a servidores públicos de elección popular; la Corte Constitucional recientemente ha defendido su postura frente al reconocimiento de la potestad disciplinaria en cabeza de dicho órgano de control, especialmente en casos de servidores públicos de elección popular, por cuanto defiende su autonomía, imparcialidad e independencia, a partir de su ausencia de las ramas del

poder público, con lo cual considera que se cumple de forma sistemática y armónica con los criterios de juez natural contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Sentencia C-086, 2019).

En virtud de lo expuesto previamente, se aprecia claramente que, si bien las decisiones administrativas disciplinarias no pueden escapar al control de legalidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es claro que las autoridades encargadas de promover la actividad disciplinaria, frente a servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas en el orden administrativo, merecen su reconocimiento, aprobación y respeto por parte de las otras entidades, órganos y autoridades, incluidas las que tienen a cargo netamente labores administrativas, legislativas o judiciales, por cuanto la naturaleza jurídica de aquellas es de origen constitucional, como en el caso de la Procuraduría General de la Nación; y de origen legal, como en el caso de las Personerías Distritales y Municipales. Lo cual, a su vez, satisface desde su creación y/o regulación tanto constitucional como legal, las investigaciones y sanciones disciplinarias por autoridades competentes, preexistentes, imparciales e independientes, en el marco del debido proceso y los derechos de defensa, audiencia y contradicción, principalmente.

4.2 La doble instancia administrativa y jurisdiccional en el Derecho Disciplinario Colombiano

4.2.1 El concepto de la doble instancia en el contexto nacional e internacional

El principio de la doble instancia aplica a las actuaciones administrativas y judiciales, a partir de lo señalado por el Artículo 31 de la Carta Constitucional Colombiana

(Constitución Política , 1991), la cual otorga la posibilidad de impugnar cualquier sentencia judicial, atendiendo a excepciones legislativas (Moreno Ortiz, 2008, pág. 10), de lo cual se infiere que la única instancia es la excepción a esta regla general.

Este principio de la doble instancia, también ha ameritado la regulación internacional por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha consignado en el Artículo 8.2 literal h) de la Convención Americana y en el Artículo 40, literal b) numeral 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la posibilidad de recurrir ante una autoridad superior preexistente, competente, imparcial e independiente (Opinión Consultiva OC-17, 2002), para controvertir una decisión judicial.

Dicha fuente jurídica en el marco del derecho internacional, ocupa un lugar preponderante en países como España, donde la doble instancia no ha sido incluida como una garantía constitucional, sino como una excepción legal reconocida tanto por la jurisprudencia, tratados, convenios y pactos internacionales ratificados por el Estado Español, en los que se refiere la posibilidad de interponer recurso en materia penal, para controvertir una decisión previamente acogida por el Tribunal Español (Martínez Pardo, 2007).

De esta forma, en España el principio de la doble instancia, también denominado doble grado jurisdiccional se concibe como una garantía de origen jurisprudencial que permea el principio de la tutela judicial efectiva en materia penal, para permitir que una decisión condenatoria sea recurrida ante un Tribunal Superior. Cachón Villar (2006),

sostiene que el Tribunal Constitucional Español ha incorporado en sus sentencias el derecho al doble grado de jurisdicción como un “sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales (...) con la excepción del orden jurisdicción penal por razón de la existencia en él del derecho del condenado al doble grado de jurisdicción” (pág. 17).

Esta situación pone de presente para la doctrina española, la necesidad de realizar un examen de fondo a los defectos en que ha incurrido el fallador de primera instancia, solo dentro de las decisiones de carácter condenatorio, que ameriten el recurso de alzada ante el Tribunal Español. Por tal motivo autores, como Moreno Catena (2007) han señalado al respecto que la revisión de decisiones en segunda instancia solo debe sujetarse al análisis de los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho formulados en primera instancia, así como al conjunto de pruebas materiales aportadas o practicadas en la misma instancia (págs. 156-188).

Ahora bien, pasando a otro contexto, en relación con el estudio del principio de la doble instancia en el derecho argentino, se tiene que la Constitución Argentina hasta antes de 1994 no consagraba expresamente dicho mandato de optimización, sino que su aplicación se daba en virtud de los Tratados, Convenios y Pactos Internacionales que había ratificado el Estado. De esta forma sólo a partir de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada en el año 1994 (Constitución de la Nación Argentina, 1994), se dispuso en el inciso tercero de su Artículo 13 el principio de la doble instancia judicial, como garantía operante dentro de los ámbitos penal y contravencional, en los que se le

permite al acusado recurrir las decisiones adoptadas por los jueces en primera instancia ante el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad, quedándole vedada la posibilidad al Fiscal de Cámara¹⁷ de refutar el primer fallo proferido.

Frente a esta consagración constitucional, autores como Piesco (2001) afirman que el Ministerio Fiscal Argentino no cuenta con la posibilidad de apelar las sentencias proferidas en primera instancia, por cuanto, dicha restricción obedece a parámetros de configuración legislativa que pueden limitar el “ius persecuendi”, como forma de garantizar la seguridad jurídica y una decisión ágil y oportuna para el ciudadano (pág. 9), por lo que en el derecho argentino las apelaciones decisiones de origen penal o contravencional, sólo podrán ser presentadas por el afectado directamente sin que le pueda ser agravada su sanción o pena.

Por otra parte, en el derecho peruano, se tiene que el Tribunal Constitucional de Perú (Resolución Caso Mariano Ausberto Nacimiento Quispe, 2010)¹⁸, ha reconocido el principio de la doble instancia, bajo el nombre de “pluralidad de instancias” contenido en el inciso sexto del Artículo 139 de la Constitución Política del Perú promulgada en el año de 1993 (Constitución Política del Perú, 1993), como una garantía que ofrece seguridad jurídica a los litigantes para evitar errores judiciales que conduzcan a injusticias en el derecho Montoya Alarcón (2012), sin embargo, en el texto constitucional no se aclara la cantidad de instancias que existen al interior de cada proceso, por lo que debe ser por

¹⁷ También denominado Ministerio Público.

¹⁸ Cfr. Resolución STC 03261-2005-PA/TC.

medio de configuración legislativa que se regule esta situación en cada una de las áreas del derecho.

Por otra parte, en Colombia este principio además de encontrarse contenido, como se dijo previamente, en el Artículo 31 de la Constitución Política de 1991 (Constitución Política , 1991), ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual en sentencias como la C-390 de 1993 consideró su excepcionalidad en casos de recusación, por tratarse de algo incidental, que para no afectar los intereses en el pleito y la imparcialidad del juez merece un procedimiento más breve y eficaz (Sentencia C-390, 1993).

Así mismo, esta Corporación ha señalado que el legislador puede configurar excepciones a este principio en los procedimientos judiciales y administrativos, aunque debe propender al máximo por no mitigar el mismo, dado que constituye una garantía relevante en el cumplimiento efectivo de los derechos de defensa y contratación, en el marco del debido proceso (Sentencia C-718, 2012).

En ese orden de ideas, en nuestro ordenamiento el principio de la doble instancia permite que se presenten recursos ante un funcionario que se encuentra aunado a una estructura jerárquica superior, lo cual adolece de la excepción de la única instancia, de la que solo se podría prescindir en caso de que procedan mecanismos extraordinarios, como el recurso de casación, la acción extraordinaria de revisión, o la acción de tutela, para verificar la legalidad de las decisiones.

4.2.2 De la doble instancia en el derecho administrativo colombiano

El principio de la doble instancia en el derecho administrativo colombiano se ve reflejada en la posibilidad que otorga la Ley 1437 de 2011 (Mora Caicedo, 2011) de interponer el recurso de apelación, tanto en sede administrativa como en sede judicial, para controvertir actos administrativos definitivos, como la sentencia de primera instancia, el auto que decide sobre las excepciones previas, el auto que decreta una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite, el auto que rechace la demanda, el auto que apruebe una conciliación extrajudicial o judicial, el auto que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios, el auto que decreta nulidades procesales, el auto que niegue intervención de terceros, el auto que prescinda de la audiencia de pruebas, así como el auto que niegue el decreto o la práctica de una prueba solicitada previa y oportunamente.

Esta misma legislación refiere que en sede administrativa los actos administrativos de carácter definitivo expedidos por autoridades públicas son susceptibles del recurso de apelación, el cual será decidido por el superior inmediato del funcionario que lo expidió. Vale la pena recordar, que en el procedimiento administrativo se debe agotar obligatoriamente el recurso de apelación para que se pueda acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en sede de nulidad, si se trata de un acto administrativo de carácter general; y en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, si se trata de un acto administrativo de carácter particular, salvo las excepciones consagradas por la misma ley.

No obstante, es indispensable aclarar que en el procedimiento administrativo colombiano el recurso de apelación procede contra aquellas decisiones que puedan ser objeto de revisión por un superior jerárquico, de manera que el mismo no opera contra las decisiones proferidas por autoridades nacionales, o representantes legales, directores y jefes superiores de entidades u organismos territoriales.

Adicionalmente, es importante precisar que las decisiones disciplinarias en sede administrativa también cuentan con revocatoria directa, la cual se puede interponer contra los fallos sancionatorio, así como contra los autos de archivo y los fallos absolutorios proferidos en procesos adelantados por faltas disciplinarias contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (Parágrafo 1 del Art. 141, Ley 1952 de 2019), expedidos por cualquier funcionario de la Procuraduría o autoridad disciplinaria.

Esta solicitud de revocatoria directa procede cuando la decisión disciplinaria infrinja manifiestamente las normas constitucionales, legales o reglamentarias en que deban fundarse, así como cuando con ellos se vulneren o amenacen manifiestamente los derechos fundamentales¹⁹. Es importante advertir que esta revocatoria no procede

¹⁹ 1. Producto del poder conferido a la autoridad disciplinaria para un fin no previsto en la ley: 1.1. Normas inexistentes o inconstitucionales. 1.2. Evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. 1.3. Falta de motivación absoluta (defecto sustantivo). 2. Producto del ejercicio por un órgano que no tiene la competencia disciplinaria (defecto orgánico). 3. Aplicación del derecho sin contar con apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico). 4. Inobservancia del procedimiento establecido (defecto procedimental). 5. Contrariedad, sin motivación suficiente, de un precedente judicial con alcance a los derechos fundamentales. 6. Error inducido, por engaño o error grave en cabeza de terceros, que condujo a la toma de decisión que afecta derechos fundamentales.

contra cualquier vicio o irregularidad, sino que debe tratarse de eventos particulares que evidencien yerros graves en contra del ordenamiento jurídico o de los derechos fundamentales.

En ese mismo sentido, este instrumento de revocatoria se puede presentar dentro de los 5 años siguientes a la fecha de ejecutoria del fallo sancionatorio o absolutorio (Art. 126 Ley 734 de 2001 y Art. 145 Ley 1952 de 2019); y 3 meses siguientes a la fecha de comunicación, tratándose del auto de archivo, para el caso del quejoso (único legitimado por el inciso tercero del artículo 141 Ley 1952 de 2019).

La solicitud de revocatoria directa debe ser resuelta por la autoridad disciplinaria o su superior jerárquico en la actualidad, dentro de los 3 meses siguientes si es de oficio, o 6 meses siguientes si es a solicitud de parte; ya que de entrar en vigencia la Ley 1952 de 2019 solo el Procurador General de la Nación, podrá revocar los fallos sancionatorios, los autos de archivo y el fallo absolutorio.

Así mismo, en lo que respecta al proceso contencioso administrativo, los Artículos 149, 151, y 154 de la Ley 1437 de 2011 (Mora Caicedo, 2011), indican los procesos en los que de manera excepcional opera la única instancia al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así pues, el Artículo 149 señala los procesos en los que Consejo de Estado conoce de asuntos en única instancia; el Artículo 151 refiere los procesos que conocerán los Tribunales Administrativos en única instancia; y el Artículo

154 determina la competencia de los Jueces Administrativos para asumir el conocimiento de ciertos de procesos en única instancia.

Así las cosas, en relación con lo expuesto hasta ahora se observa que, bajo el principio de configuración legislativa, el Congreso de la República ha regulado el principio de la doble instancia, ofreciendo garantías en gran parte de los procesos para su cumplimiento, pero reservando de manera excepcional en otros procesos la procedencia del trámite tanto administrativo como judicial en única instancia.

4.2.3 De la doble instancia disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano, conforme a la ley 734 de 2002

En Colombia, el Capítulo Tercero del Título V del Libro IV de la Ley 734 de 2002 (Ley 734, 2002), aún vigente, refiere el derecho al recurso dentro de los procesos disciplinarios ordinarios, en favor de los sujetos disciplinables que cobija dicho régimen legal. De esta forma, dicha normatividad en su Artículo 115 consagra la procedencia del recurso de apelación, en el efecto suspensivo, contra la decisión que declara el archivo del proceso, el fallo de primera instancia y el auto que niega el decreto o la práctica de pruebas.

Igualmente, la referida normatividad prevé en el Artículo 180 del Capítulo Primero del Título XI del mismo libro, el recurso de apelación contra actuaciones que se surten en el proceso disciplinario verbal, como lo es el auto que niega pruebas, el auto que rechaza la recusación y el fallo de primera instancia.

No obstante, hasta la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019 (Ley 1952, 2019), los procedimientos disciplinarios especiales a que se refieren los Artículos del 182 al 191 de la Ley 734 de 2002 (Ley 734, 2002), seguirán siendo tramitados en única instancia por el Procurador General de la Nación, quedando vedada la segunda instancia en esos casos. En ese sentido, a partir del 01 de julio de 2021, los procesos disciplinarios adelantados en contra de los servidores públicos de que trata el Artículo 101 de la Ley 1952 de 2019 (Ley 1952, 2019), serán tramitados en primera instancia por parte de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación; y serán asumidos en segunda instancia por parte del Procurador General de la Nación. De la misma forma, el Artículo 92 de la misma normatividad (Ley 1952, 2019), insta a las Personerías Municipales y Distritales, a organizarse para satisfacer la segunda instancia en aquellos procesos que venían adelantando en única instancia, contra los empleados del nivel a que corresponda su competencia.

De esta manera, se puede decir que en lo que respecta a la doble instancia disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano, en sede administrativa, el legislador ha reconfigurado dicho principio para garantizarlo en todos los procesos, sin embargo, aún falta regular mejor este derecho en lo que respecta a otros procesos disciplinarios, como los adelantados por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, o en su defecto por la Sala Plena del Consejo de Estado, en contra del mismo Procurador General de la Nación, que siguen siendo en única instancia, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 100 de la Ley 1952 de 2019 (Ley 1952, 2019); y también los procesos

disciplinarios que adelanta la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en única instancia, contra los Conjuces que actúan ante los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, los Tribunales Contencioso Administrativos y los Consejos Seccionales de la Judicatura.

Una vez agotada la instancia administrativa y luego de haber quedado en firme el acto administrativo que impuso la sanción disciplinaria, se acude a la sede judicial por medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (Mora Caicedo, 2011), en la cual dependiendo de la cuantía, de la autoridad que expidió dicho acto administrativo de contenido particular y concreto, y del nivel u orden territorial al que se encuentre adscrito el funcionario competente en materia disciplinaria, se asumirá el conocimiento del caso por parte del Juez Administrativo en única o primera instancia; el Tribunal Administrativo en única o primera instancia; o el Consejo de Estado en única instancia.

De esta forma, se surte el control de legalidad de los actos administrativo disciplinarios, proferidos por autoridades administrativas disciplinarias, con fundamento en las causales de nulidad contenidas en el Artículo 137 de la misma Ley 1437 de 2011 (Mora Caicedo, 2011), que versan sobre la expedición irregular del acto administrativo con infracción de las normas en que deberían fundarse, incompetencia del funcionario emisor del acto, emisión del acto con vulneración del debido proceso o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, con falsa o falta motivación, o con desviación del poder otorgado constitucional o legalmente a la autoridad que lo profirió.

El Consejo de Estado en providencia del 30 de marzo de 2017 (Auto de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 2836-2016, 2017), precisó la distribución de competencias que tienen el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Jueces Administrativos para conocer de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en primera o única instancia, relacionadas con decisiones derivadas de procesos administrativos disciplinarios.

Así las cosas, el Alto Tribunal señaló que el Consejo de Estado conoce en única instancia de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho que sin tener en cuenta la cuantía ni el tipo de sanción, ataquen las decisiones disciplinarias expedidas por el Procurador General de la Nación; o que siendo carentes de cuantía, como las amonestaciones escritas, sean expedidas por autoridades del orden nacional, de conformidad con lo dispuesto en el numeral segundo del Artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Mora Caicedo, 2011).

Igualmente, en el caso de los Tribunales Administrativos es de competencia en única instancia aquellas demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se solicite la anulación de decisiones administrativas disciplinarias, distintas a las que produzcan el retiro temporal o definitivo del servicio, proferidas por autoridades del orden departamental o distrital que carezcan de cuantía, como la amonestación escrita, de conformidad con lo dispuesto por los numerales primero y segundo del Artículo 151 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Mora

Caicedo, 2011); y en primera instancia, de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se controviertan actos administrativos disciplinarios expedidos por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación, sin importar el tipo de sanción y sin tener en cuenta la cuantía, así como las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos disciplinarios que contengan sanciones de destitución e inhabilidad general, suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, suspensión, o multa, expedidos por autoridades de cualquier orden, distintas de la Procuraduría General de la Nación, con cuantía superior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral tercero del Artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Mora Caicedo, 2011).

Por último, en relación con los jueces administrativos, es de competencia en única instancia aquellas demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, en las que se ataquen actos administrativos disciplinarios distintos a los que originen el retiro definitivo o temporal del servicio, que carezcan de cuantía y que hayan sido impuestas por autoridades municipales, de conformidad con lo dispuesto en el numeral segundo del Artículo 154 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Mora Caicedo, 2011); y en primera instancia, de todas las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra decisiones disciplinarias que impongan sanciones de destitución e inhabilidad general, suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, suspensión, o multa, por autoridades de cualquier orden, distintas de la Procuraduría General de la Nación, que no excedan la cuantía de 300 salarios

mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con lo preceptuado en el numeral tercero del Artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Mora Caicedo, 2011).

Un esquema que sintetiza lo expuesto previamente, en torno a la distribución de competencias para conocer de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra fallos disciplinarios al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es el siguiente:

Juzgado Administrativo	Tribunal Administrativo	Consejo de Estado
Art. 154. Única instancia: Sanciones impuestas por autoridades municipales , que no impliquen retiro definitivo o temporal del servicio y carezcan de cuantía: Amonestación.	Art. 151. Única instancia: Sanciones distintas a las de destitución y suspensión, proferidas por autoridades del orden departamental o distrital , que carezcan de cuantía: Amonestación.	Art. 149. Única instancia: Sanciones sin tener en cuenta la cuantía o tipo de sanción proferidas por el Procurador General de la Nación. Sanciones disciplinarias que carezcan de cuantía proferidas por autoridades del orden nacional. Amonestación.

<p>Art. 155. Primera instancia: Sanciones de destitución, suspensión y multa, expedidos por autoridades de cualquier orden, distintas a la PGN, con cuantía inferior a 300 SMLMV.</p>	<p>Art. 152. Primera instancia: Sanciones de funcionarios de la PGN distintos al Procurador General de la Nación, sin importar el tipo de sanción y sin tener en cuenta la cuantía.</p> <p>Sanciones de destitución, suspensión o multa, expedidos por autoridades de cualquier orden distintas a la PGN, con cuantía superior a 300 SMLMV.</p>	
---	--	--

Fuente: Consejo de Estado (Auto de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 2836-2016 del 30 de marzo de 2017).

De lo anterior, se aprecia que la doble instancia en lo que respecta al control de legalidad de actos administrativos disciplinarios, se garantiza de forma restringida o parcial, en la medida que por regla general las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho que controvierten los fallos disciplinarios proferidos por autoridades del orden nacional, departamental, distrital y municipal, diferentes a los emanados por el

Procurador General de la Nación, que adolezcan de cuantía (destitución e inhabilidad general, suspensión e inhabilidad especial, suspensión, multa), gozan de doble instancia; en tanto que las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se atacan decisiones administrativas disciplinarias, carentes de cuantía (amonestaciones), no cuentan con doble instancia. Lo cual es entendible, en la medida que las amonestaciones solo corresponden a un llamado de atención escrito con copia a la hoja de vida, que no incide en el patrimonio del sancionado disciplinariamente, aunque como se expuso previamente, el principio de configuración legislativa podría entrar a regular esta situación para garantizar la doble instancia en todos los procesos contencioso administrativos, que se lleven a cabo para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos disciplinarios, sin importar si los mismos cuentan o no con cuantía.

Además, la providencia referida anteriormente deberá ser ajustada en otra posterior con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, en la medida que el control de legalidad de las decisiones disciplinarias expedidas por el Procurador General de la Nación ya no sería en única instancia, sino en segunda instancia, pues como también se advirtió, del Artículo 101 de la misma normatividad (Ley 1952, 2019) se infiere que todos los procesos administrativos disciplinarios que se venían adelantando en única instancia por parte del Procurador General de la Nación, tendrán segunda instancia, siendo la primera instancia la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación y la segunda instancia el Procurador General de la Nación; lo cual igualmente podría llevar a pensar que el Consejo de Estado también deberá garantizar la doble instancia de estos procesos, en sede judicial, tratándose del control de legalidad realizado a los actos

administrativos disciplinarios proferidos por estas autoridades que ejercen de forma preferente el control disciplinario.

4.3. Control de legalidad a fallos disciplinarios en los ordenamientos jurídicos colombiano y español

4.3.1 Del debido proceso en el derecho administrativo disciplinario

El Artículo 29 de la Constitución Política de 1991, refiere la garantía del debido proceso, como el sometimiento de un individuo a un proceso judicial o administrativo, en cabeza de una autoridad preexistente, que por disposición constitucional o legal se le ha conferido el conocimiento de un determinado asunto. Igualmente, el reconocimiento que se le ha dado a este principio desde el bloque de constitucional tiene asidero en instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Artículo 14 (Resolución 2200 A (XXI), 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969), los cuales han señalado que el juzgamiento de una persona debe darse conforme a leyes y autoridades judiciales preexistentes, independientes e imparciales.

En ese sentido, la aplicación de dicho principio en materia disciplinaria encuentra su razón de ser en casos específicos y concretos que conciernen o se circunscriben a la inobservancia normativa; la actuación abiertamente irrazonable, desproporcionada, y abusiva que hace el funcionario competente para adelantar el correspondiente proceso (Gómez Pavajeau, 2009, pág. 132); la falta de inexorable cumplimiento del principio de publicidad al interior de las actuaciones procesales, que conduce a la imposibilidad de

garantizar el derecho de contradicción y defensa, así como el de principio de transparencia, que es propio de la función pública (Sentencia C-012, 2013).

Así mismo, este principio comporta la exigencia de adelantar el proceso disciplinario, teniendo en cuenta las formas propias del juicio, de forma abreviada y sin dilaciones justificadas (Sentencia T-267, 2000), por lo que atendiendo a normas procesales tanto nacionales (Ley 1564, 2012) como internacionales (Observación General 13, 1984), la finalidad del debido proceso en todos sus campos de acción es garantizar la adecuada administración de justicia, en el marco de la igualdad, la competencia, la imparcialidad, la independencia y la preexistencia legal y orgánica que demanda el proceso, así como los derechos de valoración probatoria y de contradicción y defensa, que de no garantizarse pueden acarrear la nulidad del plena de una o múltiples actuaciones procesales (Azula Camacho, 2008, págs. 73-85).

4.3.2. Del control de legalidad a fallos disciplinarios en Colombia

El numeral 6 del Artículo 277 de la Constitución Política de 1991, desarrollado por el Artículo 2 de la Ley 734 de 2002, otorga el poder preferente a la Procuraduría General de la Nación para promover investigaciones disciplinarias en contra de servidores públicos o particulares que cumplan funciones públicas. Las decisiones emitidas por esta autoridad pueden ser objeto de control de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando se configure alguna de las causales de nulidad establecidas en el Artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Así pues, los actos administrativos disciplinarios son susceptibles de control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por medio de la nulidad y el restablecimiento del derecho que prevé el Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437, 2011), una vez quedado en firme el fallo disciplinario en única o en segunda instancia, siempre y cuando se haya agotado el recurso de apelación ante el superior jerárquico del operador disciplinario que hubiere obrado como fallador en primera instancia y se haya surtido la conciliación extrajudicial (Barrera Torres, 2015, pág. 57) ante la Procuraduría Judicial Delegada para la Conciliación Administrativa (Procuraduría General de la Nación, 2019).

Dicho control de legalidad versa sobre las causales de nulidad que contiene el Artículo 137 de la referida ley (Ley 1437, 2011), las cuales comprenden la expedición de actos administrativos con vulneración de normas en que deberían fundarse, falta del competencia del funcionario para expedir el acto, expedición irregular del acto, emisión del acto con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, falsa motivación del acto o desviación del poder del funcionario que emitió el acto. De esta forma, el mismo se sustenta dogmáticamente desde la Teoría de la sanción disciplinaria expuesta por Isaza Serrano (2009, págs. 211-214), respecto de la cual se prevé la posibilidad de revisar en sede judicial el fallo adoptado en el proceso administrativo disciplinario; la Teoría de las Nulidades, aducida por Maurino (1995, pág. 14), en virtud de la cual los procesos disciplinarios pueden estar viciados de nulidades que deben ser decretadas oportunamente, para sanear las etapas procesales afectadas; y la Teoría del Activismo Judicial, señalada por varios autores como Díaz Vásquez (2015, pág. 55), en virtud de la

cual se admite que bajo el principio de división de los poderes públicos se permite el control político inter-orgánico de las decisiones para obtener una colaboración armónica entre las ramas del poder público, como también opera respecto de las decisiones procedentes de los órganos de control disciplinario.

Ahora bien, con relación a los fallos disciplinarios proferidos por órganos de control o autoridades de carácter administrativo, como la Procuraduría General de la Nación, se observa que el contenido de la legalidad del fallo disciplinario impugnado, se configura respecto de la sanción impuesta, la cual puede corresponder a una destitución e inhabilidad general, suspensión e inhabilidad especial, suspensión, multa o amonestación escrita, al tenor de lo expuesto por los Artículos 44, 45 y 46 del aún vigente Código Disciplinario Único (Ley 734, 2002).

En ese sentido, el control de legalidad impetrado con relación a los actos administrativos disciplinarios, podrá dar lugar a la declaratoria o no de nulidad del fallo que impuso la sanción, con lo cual a su vez se revocará, modificará o confirmará el contenido de la decisión adoptada en sede administrativa, como quiera que la revisión de cualquier acto administrativo comporta el análisis fehaciente o estricto de la legalidad en la que debe fundarse (Rodríguez, 2008, pág. 296); y solo excepcionalmente procederá la acción de tutela en contra de esta clase de actos administrativos, cuando se transgreda un derecho fundamental dentro del proceso disciplinario, con ocasión de una lesión real o material a los principios de debido proceso, juez natural o doble instancia, tendiente a la causación de un perjuicio irremediable respecto del sujeto

disciplinario (Sentencia T-473, 2017). Así las cosas, la misma Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela contra de actos administrativos disciplinarios solo procede ante la existencia de motivos fundados que den cuenta de la flagrante violación a las garantías constitucionales o legales; de un perjuicio conducente a la lesión efectiva y letal de un derecho fundamental; de un daño cierto, real e imperioso; de derechos que se ejercen transitoriamente en el tiempo; y de medios no expeditos para controvertir las decisiones impugnadas (Sentencia SU-355, 2015).

Como se expondrá a continuación, este aludido control de legalidad solo se llevaba a cabo en sede de nulidad y restablecimiento del derecho por violación directa a la ley, falta de competencia, expedición irregular del acto o con desconocimiento de los derechos de defensa y audiencia, falta o falsa motivación, o desviación del poder (Mora Caicedo, 2011, pág. 178), como quiera que inicialmente la labor del Consejo de Estado al respecto solo se centraba en análisis de corrección de fallo a partir de las causales de nulidad, sin ahondar en la controversia de asuntos probatorios (Sentencia de Nulidad 11634, 1997). No obstante, desde el año 2013 la Sección Segunda del Consejo de Estado en Colombia ha sido enfática en afirmar que el control realizado a las decisiones proferidas por autoridades disciplinarias, como la Procuraduría General de la Nación, es pleno e integral, dado la simple naturaleza administrativa que revisten esas decisiones, lo cual ha implicado incluso la sustitución de la sanción disciplinaria por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

4.3.2.1 Del precedente judicial en materia de control de legalidad a fallos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con la ley 734 de 2002

Como se dijo previamente, el Consejo de Estado puede realizar control de legalidad a las decisiones disciplinarias proferidas por la Procuraduría General de la Nación, en contra de servidores públicos, cuando el acto administrativo sancionador ha quedado en firme. No obstante, a lo largo de la evolución jurisprudencial que ha tenido tal control de legalidad se observan posiciones tanto restrictivas o limitadas como amplias o garantistas al respecto, como se expondrá a continuación.

En ese sentido, la evolución del control de legalidad a fallos disciplinarios expedidos por la Procuraduría General de la Nación, en virtud de la Ley 734 de 2002, ha estado marcada en principio por una posición restrictiva, según la cual, la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación o sus delegadas es reconocida en el marco de la misma abstención que ausculta el Consejo de Estado cuando asevera que la valoración probatoria en sede judicial solo es debatible en eventos donde el decreto y la práctica de pruebas haya vulnerado flagrantemente el debido proceso, o la apreciación probatoria realizada por el operador disciplinario resulte evidentemente contraria al sentido común y alejada de toda razonabilidad (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 4980-05, 2009), lo cual a la luz de las reglas de la sana crítica alude directamente a la lógica, las reglas de la experiencia y los conocimientos científicos (García García, 2014, pág. 45) con que debe contar el fallador para decidir sobre un caso concreto en materia disciplinaria.

Según la postura adoptada en esta época, el Consejo de Estado debía hacer un juicio de validez mas no de corrección a los actos administrativos disciplinarios, como quiera que obrar de forma opuesta o contraria significaría convertirse una tercera instancia, lo cual no era viable en la medida que reabrir el debate probatorio o examinar nuevamente las pruebas, sería retrotraer las actuaciones a las instancias previas en el Código Disciplinario Único para establecer la responsabilidad disciplinaria del servidor público o particular que cumple funciones públicas, por lo que trasladar la misma controversia agotada ante las autoridades disciplinarias, a la sede judicial, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo le resta fuerza o connotación a la especial cualificación con que cuenta el control de legalidad a estas decisiones, en aras de salvaguardar las garantías básicas del proceso o del sancionado, como son el debido proceso, el derecho a la contradicción y defensa, la competencia del funcionario, así como la legalidad y la constitucionalidad de las decisiones administrativas, especialmente en lo que respecta a la producción y valoración de las pruebas decretadas, recolectadas, aportadas y practicadas oportunamente dentro del proceso (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 2137-09, 2010) (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 0532-2010, 2011).

Esta tesis jurisprudencial prevaleció de manera sólida o firme hasta el año 2013 en la Sección Segunda del Consejo de Estado, aun cuando en el año 2010 la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado se apartó de ese criterio, manifestando dentro del análisis de revisión de un caso disciplinario, que el principio de congruencia

de las sentencias no solo se transgrede cuando se falla ultra o extra petita, sino también cuando no se reconocen las peticiones elevadas en la etapa procesal oportuna del trámite administrativo disciplinario (Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho 1146-05, 2010), por lo que de esta manera habría lugar a la modificación extra petita por vía judicial de la sanción disciplinaria impuesta al servidor público, con base en pretensiones o reclamaciones no hubiesen sido alegadas o aducidas desde un comienzo en la demanda.

En esencia dicha sentencia permitió que se concibiera el control pleno e integral a los actos administrativos disciplinarios, en decisiones judiciales que posteriormente acentuaron esta posición en el año 2013, a través de las cuales se indicó claramente que el control ejercido por la jurisdicción contenciosa administrativa es pleno e integral y no admite interpretaciones restrictivas, de lo cual se concluyó que este control de legalidad no puede limitarse solo a los hechos, pretensiones, concepto de violación, alcance probatorio y demás planteamientos formulados por el accionante, sino que es obligación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo revisar las decisiones disciplinarias a la luz de todos los preceptos constitucionales y legales, para examinar de forma íntegra las pruebas con las que se asumieron las decisiones administrativas disciplinarias objeto de control judicial (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 0390-11, 2013) (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 0649-11, 2013).

De esta manera la posición amplia que adoptó al respecto la Sección Segunda del Consejo de Estado, se ha visto reflejada en múltiples decisiones judiciales que han

decantado la revisión de fondo a los actos administrativos disciplinarios, observándose claramente que aspectos como la modificación total o parcial del fallo disciplinario, con ocasión de una valoración de fondo tanto de las actuaciones procesales como de las pruebas obrantes en el proceso disciplinario, son las que han incidido principalmente en las variaciones absolutas, exacerbadas y abiertamente desproporcionadas de sanciones como la impuesta en el caso de Fabio Alonso Salazar Jaramillo contra la Nación-Procuraduría General de la Nación, donde el órgano de control disciplinario impuso una sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por un término de doce años, pero el Consejo de Estado haciendo uso de la tesis del control pleno e integral a los fallos disciplinarios, la modificó a una simple amonestación escrita, con lo cual dejó entrever la necesidad de rectificar la posición doctrinal y judicial anterior, con base en el reconocimiento de las potestades o atribuciones plenas con que cuenta el juez de lo contencioso administrativo para variar el alcance o contenido de este tipo de decisiones (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 0263-13, 2014).

Así las cosas, en la actualidad el control de legalidad a los actos administrativos disciplinarios, en especial de aquellos proferidos por la Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas, se ha centrado en el análisis riguroso de casos concretos para revocar, modificar o confirmar las decisiones adoptadas en sede administrativa, respecto de las cuales, como Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 2319-11, 2015), puede incluso verificar la rigurosidad de la actividad probatoria y el agotamiento transparente, oportuno y absoluto del procedimiento seguido para adoptar

la decisión final, en relación con cada una de sus etapas o fases procesales (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 1210-11, 2016).

Lo anterior, ha conducido a que el Consejo de Estado morigere el principio del Juez Natural al interior de los procesos administrativos disciplinarios, al punto de afirmar como se expuso previamente, que la Procuraduría General de la Nación no cuenta con facultades jurisdiccionales, y por ende, carece de autonomía, independencia e imparcialidad para adoptar decisiones disciplinarias absolutas, que escapen al control pleno e integral de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 1210-11, 2016), toda vez que teniendo en cuenta el principio de investigación integral e in dubio pro disciplinado el operador judicial puede analizar situaciones conexas en el fallo, en aras de garantizar la primacía del derecho sustancial y de la tutela judicial efectiva, como sería el estudio de la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la sanción disciplinaria, la valoración íntegra de las pruebas, a partir del respeto por el derecho de audiencia y defensa, los principios y reglas tanto constitucionales como legales que rigen su recaudación, y el sustento contenido en la parte motiva de la misma; de tal manera que se debe comprobar el acatamiento de los principios rectores de la ley disciplinaria, así como la correspondencia entre la gravedad de la falta y la graduación de la falta y de la sanción, y la valoración real de los argumentos que erigen la ilicitud sustancial del caso y la justificación de exoneración de responsabilidad disciplinaria por parte del investigado (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 1498-15, 2018).

4.3.2.2 La competencia judicial del Consejo de Estado en relación con el control de legalidad efectuado a los actos administrativos disciplinarios, expedidos por la Procuraduría General de la Nación

En relación con el precedente judicial decantado frente al control de legalidad de actos administrativos disciplinarios llevado a cabo por el Consejo de Estado, se confirma que en principio surgió una tesis restrictiva, en virtud de la cual el juicio de análisis de los fallos disciplinarios era de validez, mas no de corrección (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 4980-05, 2009). De esta manera, el estudio del acto administrativo disciplinario quedaba desprovisto de cualquier análisis de fondo, sobre todo en lo que respectaba a la exclusión del debate probatorio, salvo que el decreto o práctica de la prueba “hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa prueba hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad” (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 2137-09, 2010).

En ese sentido, en múltiples decisiones se reiteró que el control de legalidad a los actos administrativos disciplinarios no podía convertirse en una tercera instancia, en la medida que el ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria le había sido otorgada a autoridades competentes, como es el caso de la Procuraduría General de la Nación (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 2108-08, 2011), a la que el numeral 6 del Artículo 277 de la Constitución Política de 1991, le confirió por medio del Procurador General de la Nación la facultad de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular;

ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley” (Constitución Política , 1991).

No obstante, en torno a esta posición la Sección Segunda del Consejo de Estado varió completamente su posición a partir del año 2013, cuando en varias decisiones judiciales comenzó a sostener que la jurisdicción de lo contencioso administrativo podía realizar control pleno e integral a las decisiones disciplinarias emanadas por órganos de control disciplinario, como la Procuraduría General de la Nación, dado el mero alcance de actos administrativos que revisten las mismas (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 0390-11, 2013).

Así las cosas, el alcance de la función jurisdiccional con que cuentan los jueces administrativos, dista de la mera función administrativa disciplinaria radicada constitucionalmente en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, por lo que a la jurisdicción contencioso administrativo le es viable desvirtuar plenamente la presunción de legalidad de que en principio gozan los actos administrativos disciplinarios (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 0390-11, 2013). En esa línea, también se aseveró que las decisiones administrativas disciplinarias no podrían equipararse a las decisiones disciplinarias jurisdiccionales, por cuanto la autoridad que expide las segundas decisiones fue creada constitucionalmente como autoridad judicial, a diferencia de quien expide las primeras, por cuanto su estructura en el poder público corresponde a la de un órgano de control, cuya función disciplinaria es de carácter

administrativa, mas no judicial (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 0649-11, 2013).

Incluso, esta Alta Corte en sentencias recientes ha desconocido la autonomía e independencia de la Procuraduría General de la Nación, debido a su carácter de autoridad desconcentrada, que en su estructura es piramidal, jerárquica o escalonada, por lo que definitivamente esta Corporación, ha justificado su control pleno e integral a los actos administrativos disciplinarios, con fundamento en la falta de autonomía, independencia e imparcialidad con que dice contar en su estructura la Procuraduría General de la Nación, ya que además de que sus decisiones se tornan en actos administrativos, mas no jurisdiccionales, su estructura no corresponde a la de otras autoridades, que si gozan de esos atributos, como ocurre por ejemplo, con la Salas Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 1210-11, 2016).

En este punto, se dista parcialmente de lo afirmado por el Consejo de Estado en sus recientes sentencias que han promovido el control de legalidad a los actos administrativos disciplinarios, por cuanto las decisiones de las autoridades disciplinarias, distintas a las jurisdiccionales, se tornan actos administrativos, y, por ende, dada la naturaleza de estos fallos, no es posible evadir u obviar el control que lleva a cabo la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para verificar la legalidad de su contenido, con base en las causales de nulidad que reza el Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437, 2011), y a

través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, aunque la naturaleza de sus decisiones sean actos administrativos, en nada le resta su autonomía, independencia e imparcialidad, máxime cuando las facultades para investigar y sancionar servidores públicos de toda índole, incluidos los de elección popular, le ha sido conferida constitucionalmente a órganos de control disciplinario, como la Procuraduría General de la Nación, por consiguiente, en lo absoluto nada amerita dejar de reconocer a autoridades como esta, en su ejercicio de la potestad disciplinaria, como juez natural con carácter preferente de los procesos disciplinarios, lo cual ha sido avalado igualmente por la Corte Constitucional (Sentencia C-086, 2019).

Así pues, siendo consonante con lo afirmado previamente también se aprecia que la doctrina ha reconocido el control pleno e integral de los actos administrativos disciplinarios (Roa Salguero, 2010, pág. 95), en la medida que el control jurisdicción está constituido por todas las herramientas tendientes a garantizar el debido proceso, como por ejemplo, que la sanción disciplinaria se funde en normas reales aplicables al caso; que la conducta esté bien adecuada al tipo disciplinario; que la sanción impuesta sea proporcionada; y que esté cimentada en pruebas válidamente aportadas, practicadas o recaudadas (Murillo Calderón, 2016, pág. 19).

En ese orden de ideas, se confirma que el control de legalidad llevado a cabo por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a los fallos disciplinarios proferidos por autoridades administrativas disciplinarias, es pleno e integral teniendo en cuenta tanto los pronunciamientos jurisprudenciales como doctrinales más recientes

sobre el tema, sin desconocer que el juez natural del proceso disciplinario es la autoridad administrativa (López Higuera, 2014, págs. 91,95), por lo que el abordaje o análisis del contenido de la decisión administrativa disciplinaria no puede estar limitado o sujeto únicamente al estudio de las garantías procesales, sino también al estudio de las disposiciones sustantivas relevantes consignadas en el texto constitucional (Moreno Romero, 2014, pág. 100), en aras de garantizar la tutela judicial efectiva, en el marco de la justicia material que se pregona de manera transversal dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

De esta manera, no se reconocen límites ni por parte de la jurisprudencia, ni de la doctrina al control de legalidad a los actos administrativos disciplinarios (Clavijo Joya, 2016, pág. 34), toda vez que lo pretendido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cabeza del Consejo de Estado es salvaguardar los derechos constitucionales del debido proceso, el derecho de defensa y contradicción, para lo cual es viable declarar la nulidad total o parcial de los fallos administrativos disciplinarios, e incluso puede llegar a ser necesario la modificación o variación absoluta de la decisión, que se fundamentó en una inadecuada valoración probatoria, en ausencia de una verdadera culpabilidad, en la desproporcionalidad de una sanción impuesta en la sede administrativa, o en la omisión de etapas procesales que quebrantan el debido proceso; con el fin de restablecer los derechos del disciplinado, e indemnizarlo si habría lugar en un caso (Botero Díaz, Marín Vanegas, & Maury Ramírez, 2015, págs. 171-172).

En virtud de todo lo expuesto hasta ahora en el presente acápite, se puede afirmar que el control de legalidad llevado a cabo en contra de los actos administrativos disciplinarios no constituye una vulneración de las facultades disciplinarias atribuidas a la Procuraduría General de la Nación, por lo tanto el mismo puede realizarse de forma plena e integral, debido a que en su esencia solo pretende acreditar el cumplimiento de la tutela judicial efectiva y del debido proceso en el derecho disciplinario, para que no se adopten sanciones arbitrarias e injustas en contra de servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas.

No obstante, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 2094 de 2021, que reformó la Ley 1952 de 2019, se tiene que las decisiones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación, incluidos los fallos absolutorios y los de archivo por faltas cometidas contra los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, ya no contarán con un control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino con un recurso extraordinario de revisión, que procederá como consecuencia de las siguientes causales:

1. Violación directa de la ley sustancial.
2. Violación de indirecta de la ley sustancial por error de hecho o derecho en la apreciación de la prueba.
3. Incongruencia entre el pliego de cargos y el fallo.
4. Por nulidad originada en el curso del proceso disciplinario.
5. Error en la dosificación de la sanción disciplinaria, por violación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, o indebida apreciación probatoria.

6. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la decisión, documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de tercero.

7. Haberse dictado la decisión con fundamento en documentos falsos.

8. Cuando se demuestre, mediante decisión en firme, que la decisión fue determinada por un delito del funcionario que profirió la decisión o de un tercero.

9. Cuando por precedente de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado se modifique favorablemente el criterio en el que se fundamentó la decisión recurrida.

Este recurso podrá interponerse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la respectiva decisión disciplinaria por el disciplinado en el caso de las decisiones sancionatorias o por el quejoso, víctima o perjudicado en el caso de las decisiones absolutorias o de archivo cuando se trate de conductas contrarias a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario.

Igualmente, en el caso de las causales contempladas desde los numerales 6 a 9, el término de los treinta (30) días se contará una vez se produzca el hecho en que se fundamenta la causal. Así mismo, en todos los casos relacionados con servidores públicos de elección popular, la ejecución de la decisión en su contra quedará suspendida hasta que se resuelva el recurso correspondiente, si es que se presentase y fuere admitido; o hasta que se venza el término de Ley para la radicación y admisión del mismo.

En relación con la competencia, se tiene que las Salas Especiales de Decisión del Consejo de Estado conocerán de los recursos extraordinarios de revisión contra las decisiones de segunda instancia o de doble conformidad dictadas por el Procurador General de la Nación, las Salas de Juzgamiento y los Procuradores Delegados. Igualmente, contra las decisiones producto de la doble conformidad dictadas por el Procurador General de la Nación. Y por su parte, los Tribunales Administrativos de lo Contencioso Administrativo conocerán de los recursos extraordinarios de revisión contra las decisiones de segunda instancia o de doble conformidad dictadas por los Procuradores Regionales de Juzgamiento.

Así pues, como se expresó anteriormente, en virtud del cumplimiento del fallo de Gustavo Petro vs. Colombia proferido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Procuraduría General la Nación presentó un proyecto de ley ante el Congreso de la República en el mes de marzo de este año, el cual fue aprobado por medio de la Ley 2094 de 2021, que le otorgó facultades jurisdiccionales en materia disciplinaria, y en consecuencia, generó su exclusión del control de legalidad de los fallos disciplinarios. No obstante, desde ahora se precisa que el ejercicio de esta competencia jurisdiccional está por verse plenamente en la práctica, mientras que se surte las reformas estructurales e institucionales correspondientes, por lo que en esencia también se desconoce a la fecha, la procedencia de un recurso extraordinario de revisión al respecto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

4.3.3 Control judicial a fallos proferidos por autoridades disciplinarias en España

Las sanciones disciplinarias aplicadas a los funcionarios públicos en España deben atender a criterios de correspondencia entre la infracción atribuida y la sanción impuesta; proporcionalidad entre el grado de lesividad de la medida o sanción adoptada y la importancia de la finalidad que la justifica; alcance de la discrecionalidad administrativa que comporta la imposición de una sanción conforme a los límites generales propios del ejercicio de la competencia disciplinaria, incluido el estudio de las circunstancias que rodean el caso concreto y de su relación con la tipificación normativa; y motivación, concerniente a una valoración razonada de las pruebas junto con una argumentación lógica, coherente y suficiente de los móviles que llevaron a adoptar la decisión (Nieto, 2018).

En relación con lo anterior, se tiene que la potestad sancionadora, en especial la disciplinaria, no cuenta con un carácter discrecional, por lo que la imposición de una sanción “deberá ser claramente motivada mediante la consignación de las específicas razones y circunstancias en que se funda la superior malicia o desidia que se tienen en cuenta para elegir ese mayor castigo” (STS-Contencioso-Recurso Casación, 2003), lo cual encuentra su fundamento tanto en el artículo 9.3 de la Constitución Española como en el principio de proporcionalidad.

En ese sentido, como bien lo señala Alejandro Nieto (2018), la administración en sus actuaciones, sobre todo en sus decisiones, se encuentra limitada materialmente por la proporcionalidad y formalmente por la misma norma, lo cual evita que la

discrecionalidad administrativa sea absoluta. Esta aseveración en consonancia con lo dispuesto por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de España (STS Contencioso-Recurso Casación, 2004), hace entrever que la potestad disciplinaria se ejerce en virtud de criterios netamente jurídicos que subyacen a un cierto margen de discrecionalidad, sobre todo en lo que respecta a la graduación de la sanción, con respeto de los principios generales del derecho, como el de igualdad, proporcionalidad y motivación de las decisiones (Nieto, 2018).

4.3.3.1 Control administrativo de los fallos disciplinarios en España

En materia disciplinaria, al igual que en materia administrativa, se pueden presentar varios tipos de recursos contra las decisiones que profiera la administración, toda vez que la reclamación administrativa procede al igual que en Colombia, contra aquellas resoluciones que afecten o lesionen los derechos e intereses de un sujeto, como ocurre en el caso de los sancionados disciplinariamente.

De esta manera, los recursos administrativos constituyen una vía previa a la judicial en España. En ese sentido, el artículo 112 hasta el 126 de la Ley 39 del 01 de octubre de 2015, que regula el procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, establece la reglamentación en materia de todos los recursos administrativos comunes, destacándose para los procedimientos administrativos sancionatorios los siguientes: Recurso de alzada, recurso potestativo de reposición y recurso extraordinario de revisión. Los cuales aplican contra las resoluciones de

procedimientos sancionadores, incluidas las disciplinarias, previamente a la demanda de nulidad en sede judicial ante los Tribunales de Justicia.

El recurso de alzada, previsto en el artículo 112 de la Ley 39 (2015), se presenta contra los actos y resoluciones que, a pesar de no poner fin a la vía administrativa, deciden de fondo sobre el asunto, para dar continuidad al procedimiento o evitar la merma o causación de un perjuicio irreparable con ocasión de un daño. Este recurso se debe presentar dentro del mes siguiente de la notificación, cuando se trata de una resolución o una decisión administrativa expresa, pues contrario sensu a los actos administrativos expresos, existen los tácitos, respecto de los cuales procede este recurso dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que el silencio administrativo haya sido declarado.

En el caso de las decisiones disciplinarias es claro que por existir una resolución motivada que impone la sanción, se hace alusión a un acto administrativo expreso que puede ser demandado dentro del mes siguiente a su notificación. Por lo que es menester, que el afectado invoque todas las garantías a que hubiere lugar dentro del recurso para lograr su revocatoria por parte del superior jerárquico del funcionario administrativo que le impuso la sanción.

Por otra parte, el recurso de reposición se encuentra consagrado en el artículo 123 de la Ley 39 (2015) y se interpone contra los actos y resoluciones que ponen fin a la vía administrativa, incluidas las resoluciones que resuelven el recurso de alzada o que

carezcan de superior jerárquico. De manera que, este recurso se presenta ante el órgano o funcionario que haya proferido el auto o la resolución objeto del recurso, conservando el término de un mes contado a partir de la notificación de la decisión expresa o tácita que se va a recurrir, para interponer el recurso.

En el caso de las resoluciones de contenido sancionatorio, como los disciplinarios, habría que revisarse si la decisión cuenta o no con superior jerárquico para interponer este recurso, pues si no lo hubiere procedería, como un requisito para agotar el procedimiento administrativo y acudir ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativa en aras de solicitar su nulidad. Así mismo, cuando se requiera complementar la decisión o atacar un acto que pone fin a la vía administrativa, como ocurre el recurso de alzada, este recurso de reposición es procedente.

En casos específicos de sanciones disciplinarias, como las impuestas por los miembros y órganos de Gobierno, o los expedidos por los Ministros y los Secretarios del Estado en ejercicio de sus competencias, y los proferidos por los órganos directivos con nivel de Dirección General o Superior, solo procederá el recurso de reposición, teniendo en cuenta que estas autoridades no cuentan con superior jerárquico (Gómez de Mercado, 2017).

En relación con el recurso de revisión, se aprecia que es una última ratio en relación con los recursos de alzada y de reposición, cuando acaecen situaciones varias, como: actos en firme dentro de la vía administrativa; ocurrencia de errores documentales,

cohecho, prevaricato, o testimonios falsos; o surgimiento de una prueba relevante nueva que da un giro al proceso, a pesar de estar cerrado (Morales, 2020). Este recurso debe presentarse ante el mismo órgano o funcionario que expidió la resolución objeto del recurso, sin embargo, debido a sus causales extraordinarias, tiene un plazo de 4 años para ser interpuesto por causa de error documental o tres meses en el resto de las causales.

En el caso de las resoluciones de contenido sancionador, incluidas las disciplinarias, procede este recurso siempre que se esté en virtud de cualquiera de las causales señaladas previamente, para los cual el funcionario u órgano que imponga la sanción disciplinaria, tendrá un término de 3 meses para dar respuesta al recurso de revisión, y si transcurrido el mismo no se tiene respuesta, el afectado queda habilitado para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Es importante aclarar que estos recursos deben agotarse en cada caso, dependiendo la situación particular y concreta, de forma previa, antes de acudir a la vía contencioso-administrativa, pues son mecanismos idóneos para impugnar las resoluciones desfavorables, injustas o que van en contravía de los derechos fundamentales y procesales de un sancionado.

Por otra parte, también se contempla la revocación de los actos administrativos, incluidos los sancionatorios, por parte de la administración, en el marco de lo señalado por el artículo 105 de la Ley 30(1992). De manera que, conforme a esta Ley, las

administraciones públicas pueden revocar en cualquier momento sus actos expresos o fictos; y en cualquier momento podrán rectificar también de oficio o de parte, los errores materiales, de hecho, o aritméticos.

En todo caso, una vez se agoten los recursos, como el obligatorio de alzada o el potestativo de reposición, procede el recurso contencioso-administrativo que refiere la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del 13 de julio de 1998, en contra de los actos de la administración pública (Gómez de Mercado, 2017); el cual debe interponerse en un plazo de dos meses siguientes a la notificación definitiva de la decisión o si es un acto presunto por silencio negativo (poco probable en materia disciplinaria) serán seis meses luego de que se declare el silencio correspondiente, bien sea al término de los tres meses en la alzada y uno en el de reposición.

Vale la pena afirmar desde ahora que el recurso contencioso-administrativo es un instrumento judicial para pedir la anulación de la sanción, como la disciplinaria, con fundamento en causales de proporcionalidad o razonabilidad principalmente. Este recurso será de conocimiento por los Juzgados Contencioso-Administrativo, cuando las sanciones sean impuestas por entes locales o por Comunidades Autónomas, a excepción del Consejo de Gobierno, que versen sobre multas no superiores a 60.000 euros y cese de actividades o privación de derechos que no excedan a seis meses; o también por sanciones impuestas por la Administración periférica del Estado y de organismos, entes, entidades y corporaciones públicas que no estén ubicadas en todo el territorio nacional.

Lo mismo, ocurre respecto de los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo, que conocerán de los recursos que se deduzcan frente a sanciones en materia de personal impuestas por Ministros y Secretarios del Estado, salvo que confirmen vía recurso, fiscalización o tutela, actos dictados por órganos inferiores, o que impliquen la separación del servicio de funcionarios de carrera. También conocerán de las sanciones de multa que no sean superiores a 60.000 euros y de cese de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses impuestas por órganos centrales de la Administración del Estado.

Ahora bien, de forma residual los Tribunales Superiores de Justicia serán los competentes para conocer de las sanciones que no estén atribuidas a otros órganos jurisdiccionales. Por su parte, la Audiencia Nacional tiene atribuida la competencia sobre las resoluciones sancionadoras de los Ministros y los Secretarios de Estado en general y en materia de personal cuando implique o conlleve el cese de funcionarios de carreras. Y, por último, el Tribunal Supremo conocerá de las sanciones impuestas por el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas de Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial, así como por la impuestas en materia de personal, administración y gestión patrimonial, por parte de los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo.

No obstante, vale la pena también aclarar que las sanciones propias del régimen disciplinario penitenciario, son fiscalizadas por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria,

dentro del orden penal, pues la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuyó el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias a dichos jueces (Gómez de Mercado, 2017). Igualmente, para el caso de las sanciones impuestas en materia laboral y sindical, la Ley Reguladora de Jurisdicción Social, confiere a la Jurisdicción Social, el conocimiento de los actos derivados del ejercicio de potestades y funciones desplegadas en relación con la seguridad social.

4.3.3.2 Control judicial a los fallos disciplinarios en estricto sentido en España

El control judicial a fallos disciplinarios proferidos por las autoridades disciplinarias en España atiende a criterios como el de proporcionalidad de la sanción, el cual ha sido acogido como tal por la jurisprudencia contenciosa administrativa española en sentencias, como la del 19 de mayo de 1981, donde indica que esta garantía (Nieto, 2018) “debe ser tenida en cuenta a los fines de determinar la sanción en una revisión autorizada” (pág. 524), dado que el exceso de prerrogativas otorgadas tanto al gobierno como a la administración por parte del legislador, para imponer una sanción, conduce a que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo además de auscultar en su revisión de legalidad los problemas de competencia y procedimiento del proceso disciplinario, se inmiscuya en el análisis de la forma en que se han ejercitado las facultades sancionadoras al interior del mismo.

Ahora bien, en España el control de legalidad a los fallos disciplinarios es dual, en la medida que por una parte la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cabeza de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo Español revisa las

decisiones sancionatorias emanadas por autoridades disciplinarias, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 29 de 1998, el cual refiere lo siguiente: “Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo” (Noticias Jurídicas, 2020), salvo las que conciernen a los recursos contencioso-disciplinario militar, conforme a lo previsto por el literal b) del artículo 3 de la misma normatividad; y por otra parte, el Tribunal Constitucional “puede revisar la corrección de la resolución judicial” (Nieto, 2018, pág. 525) derivada de la corrección de la resolución administrativa por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo Español, cuando los argumentos judiciales carezcan de fundamentación o razonabilidad, adolezcan de una interpretación errónea o errada a la luz de la ley, se aparten de las pautas o criterios axiológicos constitucionales, o exista incongruencia argumentativa entre la parte motiva o considerativa y la parte resolutive, que afecta la base valorativa de la providencia, como bien lo exponen las Sentencias STC 129 del 30 de junio de 2003, STC 131 del 30 de junio de 2003 y STC 116 del 21 de mayo de 2007 (Nieto, 2018).

De esta manera en materia disciplinaria, como bien lo refiere la Ley 29 de 1998 (Jefatura del Estado, 1998), los Juzgados de lo Contencioso Administrativo conocerán de la revisión en única o primera instancia de los recursos que provengan de los actos de las **entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a éstas** (Art. 8, numeral 1. Ley 29 de 1998); los recursos que se deriven de los actos administrativos de la **Administración de las Comunidades Autónomas,**

salvo las que procedan del Consejo de Gobierno, cuyas decisiones conciernan a sanciones administrativas que correspondan a **multas no superiores a 60.000 euros y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses** (Art.8, numeral 2, literal b. Ley 29 de 1998) (Negrita fuera de texto).

Por otra parte, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo conocerán de la revisión en única o primera instancia de los actos administrativos expedidos por **órganos centrales de la Administración General del Estado, como el Gobierno o Consejo de Ministros, Comisiones Delegadas del Gobierno, Ministerios, Secretarios del Estado, Subsecretarios, Secretarios Generales, Directores Generales, Secretario General Técnico** (Zambonino Pulito, 2012) que tengan por objeto la imposición de sanciones administrativas consistentes en **multas no superiores a 60.000 y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses** (Art. 9, numeral 1, literal b. Ley 29 de 1998); así como en única o primera instancia, de las resoluciones, que en vía de fiscalización, sean dictadas por el Comité Español de Disciplina Deportiva en relación con sanciones disciplinarias de carácter deportivo (Art. 9, numeral 1, literal f. Ley 29 de 1998) (Negrita fuera de texto).

Así mismo, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia revisarán en única instancia de los recursos que se interpongan contra actos proferidos por las **Entidades locales y las Administraciones de las Comunidades Autónomas**, cuyo conocimiento no pueda ser asumido por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, dentro de lo cual se destacarían las **sanciones pecuniarias**

que excedan los 60.000 euros y los ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que excedan los seis meses (Art. 10, numeral 1, literal a. Ley 29 de 1998); en única instancia de los recursos que se impetren contra los actos de los **órganos de gobierno de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal** (Art. 10, numeral 1, literal c. Ley 29 de 1998); en única instancia de los recursos que se interpongan contra los actos de los **órganos de la Administración General del Estado**, cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea **inferior al de Ministro o Secretario de Estado en materia de personal** (Art. 10, numeral 1, literal i. Ley 29 de 1998); en única instancia de los recursos interpuestos contra **actos que no tengan atribuida de forma expresa la competencia a otros órganos de ese orden jurisdiccional** (Artículo 10, numeral 1, literal m. Ley 29 de 1998); en segunda instancia, de los **recursos de apelación interpuestos contra las sentencias y autos proferidos por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo**, y de los correspondientes recursos de queja (Art. 10, numeral 2 de la Ley 29 de 1998); los **recursos de revisión contra las sentencias en firme proferidas de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo** (Art. 10, numeral 3 de la Ley 29 de 1998) (Negrita y subrayado fuera de texto).

De la misma forma, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, conocerá en única instancia de los recursos que deriven de los actos sancionadores proferidos por **Ministros y Secretarios de Estado** en materia de personal, cuando hagan referencia a la **extinción de la relación de servicio de**

funcionarios de carrera (Art. 11, numeral 1, literal a. Ley 29 de 1998); en segunda instancia, de los **recursos de apelación contra autos y sentencias emanados por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y de los recursos de queja respectivos** (Art. 11, numeral 2. Ley 29 de 1998); los recursos de revisión contra las sentencias en firme proferidas por los **Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo** (Art. 11, numeral 3. Ley 29 de 1998) (Negrita fuera de texto).

Por último, para el caso de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo Español, se tiene que aquella conocerá en única instancia de los recursos que se deriven en relación con los **actos del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno** (Art. 12, numeral 1, literal a. Ley 29 de 1998); en única instancia de los recursos originados en razón de los **actos emanados por el Consejo General del Poder Judicial** (Art. 2, numeral 1, literal b. Ley 29 de 1998); en única instancia de los recursos interpuestos contra los **actos emitidos en materia de personal, por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo** (Art. 12, numeral 1, literal c. Ley 29 de 1998); los **recursos de casación de cualquier modalidad, en los términos establecidos por la Ley, junto con sus respectivos recursos de queja** (Art. 12, numeral 2, literal a. Ley 29 de 1998); y los **recursos de revisión contra sentencias en firme proferidas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo** (Art. 12, numeral 2, literal c. Ley 29 de 1998).

Dentro del estudio de las causales en que se funda el control judicial de fallos disciplinarios en España se aprecia que las mismas pueden configurarse a partir de los hechos objeto de sanción, el tipo normativo aplicable al caso concreto, el cambio de fundamentación jurídica en el fallo, la variación de fundamento por insuficiencia o nulidad del reglamento invocado, vicios de procedimiento, e irregularidades en la proporcionalidad y discrecionalidad ejercida por la administración (Nieto, 2018, págs. 526-531).

En ese orden de ideas, se observa que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en España puede revisar los hechos que debieron ser constatados por la Administración en el ejercicio de su potestad disciplinaria, siempre que la modificación sustancial de los mismos favorezca al sancionado, toda vez que aceptar una alteración de los aspectos fácticos de la decisión implicaría una conculcación del derecho a la defensa del afectado por incurrir en una *reformatio in pejus*, en virtud de la cual se entraría a desmejorar la situación jurídica de aquel, al declarar como probados hechos respecto de los que la Administración nunca se pronunció (Sentencia STS de 9 de marzo de 2005). Igualmente, la Sentencia STS de 23 de abril de 2007, citada por Alejandro Nieto (2018), conduce a establecer los criterios a través de los cuales se pueden rectificar los hechos que configuraron la sanción disciplinaria, entre los que se encuentran: La homogeneidad entre la falta que se deja sin efecto y la nueva que se determina, por gozar de naturaleza similar o análoga; la validación a posteriori de la fundamentación del aspecto fáctico contenido dentro de la nueva falta; la existencia de debate previo en

relación con el nuevo hecho, siempre que no se produzca indefensión o menoscabo al derecho de defensa del sancionado; y la comisión de una falta de menor gravedad en comparación a la impuesta inicialmente, previa admisión expresa o tácita de la misma (Nieto, 2018).

Igualmente, en relación con el control de tipo, se avizora que la revisión del acto disciplinario da cuenta de la aplicación errónea de un tipo normativo, sin embargo, respecto de la conducta se halla uno más adecuado que encaja perfectamente en la subsunción de los hechos objeto de sanción. En este evento, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha adoptado varias posturas, como por ejemplo, que se podría anular el acto acusado y por ende, cercenar sus efectos, dado que la competencia para adecuar el tipo correctamente solo le corresponde a la administración (Sentencia STS del 7 de marzo de 2011); sin embargo, en otras sentencias, ha aseverado lo contrario, al decir que dada la función revisora de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si se puede ajustar la tipificación normativa a los presupuestos fácticos derivados del proceso disciplinario en sede administrativa (Sentencias STS del 11 de diciembre de 1989, 29 de mayo de 1990 y 21 de noviembre de 1990). Ahora bien, la tesis moderada que se ha acogido al respecto en sentencias como la STS del 16 de abril de 2007, refiere la viabilidad o procedencia de la recalificación de la falta siempre que se cumplan con los mismos criterios para la modificación de los hechos objeto de sanción, esto es, homogeneidad entre la falta anterior y la nueva falta, acreditación del sustento fáctico de forma posterior al establecimiento de la falta, existencia de debate previo para garantizar el derecho a la

defensa del sancionado, y la confesión de una falta de menor gravedad en comparación con la atribuida en principio, siempre que se hubiese admitido la comisión de la misma expresa o tácitamente de forma posterior (Nieto, 2018).

Frente al cambio de fundamentación, se tiene que los fundamentos jurídicos que soportan la decisión disciplinaria, podrán ser alterados en aras de garantizar el principio de congruencia de los actos administrativos, sin embargo, es necesario que se establezcan límites restrictivos respecto de este criterio de flexibilidad, como sería el hecho de exponer los nuevos motivos o razones jurídicas de la sanción y conceder un término perentorio y razonable de común para las partes, de diez días, para que puedan realizar las alegaciones que consideren pertinentes (Nieto, 2018). No obstante, en algunas sentencias de casación, como la SSTS del 6 de junio de 2008 y la SSTS del 7 de noviembre de 2008, no se comparte dicha posición, por cuanto se ha afirmado en ambas sentencias que el deber del Tribunal Supremo desde su Sala de lo Contencioso-Administrativo, no es subsanar vicios, sino anular el contenido de la decisión objeto de revisión, o en su defecto, de casación (Nieto, 2018), lo cual es compartido desde la práctica actualmente, en relación con este mismo aspecto, al interior del control de legalidad a los fallos disciplinarios que adelanta la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Colombia.

Así mismo, respecto del cambio de fundamento por insuficiencia o nulidad del reglamento invocado, se aprecia que de la misma forma en que lo ha advertido el Tribunal Supremo en sede de casación para el cambio de fundamentación de la decisión

disciplinaria, se debe proceder a la anulación de la sanción, con base en esta causal de invalidez, como bien lo ha señalado la sentencia STS del 6 de febrero de 1985 (Nieto, 2018).

Respecto de lo inmediatamente anterior, se tiene que de la misma forma se sugiere resolver los vicios de procedimiento contenidos en el proceso disciplinario, pues si bien en su momento el Tribunal Supremo consideró que se podría subsanar este vicio, anulando el acto y retrotrayendo la actuación al momento en que se configuró el error, para darle la oportunidad a la Administración de retomar el proceso administrativo sancionador, y proferir un nuevo fallo exento de yerros; o incluso supliendo este vicio de forma automática dentro del proceso de revisión judicial; se ha acogido con mayor preeminencia o relevancia la tesis del Tribunal Constitucional (STC-175 de 2007), consistente en anular la decisión disciplinaria, como quiera que se debe reconocer en la Administración Pública, la competencia única para imponer una sanción disciplinaria, por lo que no habría lugar a curar los vicios del debido proceso al interior del procedimiento administrativo sancionador (Nieto, 2018).

Además de lo previamente expuesto se puede decir que el control de proporcionalidad y de discrecionalidad a las decisiones disciplinarias, surge de la necesidad de ampliar la mera revisión de cuestiones de legalidad en el fallo, para garantizar la justicia material en el ámbito sancionatorio. De esta manera, como bien lo ha referido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo Español, el principio de proporcionalidad también conocido como de individualización de la sanción

(Sentencia STS del 28 de febrero de 2011) ha sido útil como mecanismo de control, en procura de adaptar la determinación de la sanción a la gravedad del hecho, sobre todo en aquellos casos donde “la norma establece una infracción para varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria” (Sentencia STS del 5 de marzo de 2001, citada por Nieto (2018, pág. 530), por lo que en sede jurisdiccional es posible no solo confirmar o revocar la misma, sino también variarla de forma menguada, para mitigarla.

En esa línea, como bien lo ha reconocido el Tribunal Supremo Español, el control de proporcionalidad respecto de la sanción disciplinaria permite regular el ejercicio de la potestad sancionadora que le ha sido otorgada a las autoridades disciplinarias, por lo que en apariencia es similar el control pleno e integral que realiza al respecto la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a los actos administrativos disciplinarios, de lo cual se infiere que tanto los aspectos formales como materiales son indagados en el marco de ambas revisiones de legalidad. No obstante, a partir del recorrido efectuado a las posiciones o posturas adoptadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo Español, se concuerda con autores como Alejandro Nieto (Nieto, 2018), que a pesar de la oportunidad con que cuenta el ordenamiento jurídico español de controlar la discrecionalidad de los actos administrativos sancionatorios, a partir de un juicio viable, idóneo, pertinente, estricto y necesario de proporcionalidad, la revisión judicial promovido frente a “las resoluciones administrativas sancionadoras puede calificarse rotundamente de parcial y desenfocado, produciendo en consecuencia una

sería incertidumbre de los recurrentes y una grave distorsión del sistema punitivo general” (Nieto, 2018, pág. 531).

La precitada afirmación se halla justificada a lo largo de la exposición de cada una de las causales de procedencia del control de legalidad a los fallos disciplinarios en el Estado español, como quiera que en algunos casos el Tribunal Superior ha doblegado sus posturas, modificando parcial o totalmente los criterios que soportan el control a los actos administrativos disciplinarios, de tal manera que lo ha tornado estricto o rígido en algunas situaciones específicas, pero en otros momentos, lo ha convertido en un control moderado o flexible, que morigera los efectos de sus decisiones judiciales, al punto de transformarlas en sentencias sublevadas y temerosas del orden administrativo, cuando por ejemplo se “limitan a anular y en su caso a retrotraer actuaciones” (Nieto, 2018, pág. 532) a la sede administrativa para su corrección. Esta debilidad encontrada en el control judicial de los fallos disciplinarios proferidos por autoridades españolas es bastante similar o equivalente a la observada en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que además de no garantizarse la economía procesal al interior de los procesos disciplinarios, tampoco se brinda celeridad, seguridad jurídica y confianza legítima a los sancionados, toda vez que “si los jueces dictan directamente una nueva sanción salen ganando tanto los particulares, a los que se ahorra un nuevo procedimiento administrativo y un nuevo proceso, y al tiempo a los intereses públicos” (Nieto, 2018, pág. 532).

4.3.3.3 Control judicial a fallos proferidos por autoridades disciplinarias en Comunidades Autónomas de España

Las posturas judiciales adoptadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas, frente al control de fallos disciplinarios, no han sido distantes o ajenas de las acogidas por tanto por el Tribunal Supremo Español como el Tribunal Constitucional. En ese sentido, se observa que el Tribunal Superior de Justicia-Sala de lo Contencioso de Madrid, ha referido que las actuaciones administrativas de carácter disciplinario pueden dar lugar a responsabilidad patrimonial de la administración, cuando la mismas hayan sido arbitrarias, irrazonables o abiertamente desproporcionadas; sin sujeción a los procedimientos que le resultan exigibles, sin valoración razonada y ajustada a los parámetros y criterios de los que finalmente se han impuesto por vía judicial (Sentencia 136, 2015).

De esta manera, por ejemplo no se puede aducir una transgresión del principio de tipicidad en materia disciplinaria, cuando se aplican principios de legalidad y tipicidad, como quiera que las cláusulas abiertas o *numerus apertus* abundan en el ámbito del derecho disciplinario español (Sentencia 531, 2013), así como tampoco inferir una grave lesión a la integridad física o mental de una persona para obtener un resarcimiento económico cuando la actuación administrativa disciplinaria no es contraria a derecho, sino que se encuentra conforme al ordenamiento jurídico (Sentencia 1430, 2012).

No obstante, en casos de aplicación de sanciones disciplinarias desproporcionadas o que en su adopción exceden su cumplimiento en tiempo o peculio, las mismas pueden

ser perfectamente anuladas (Sentencia 240, 2020); también pueden estimarse las pretensiones de una demanda contra fallos disciplinarios en caso de caducidad de expediente, prescripción de la infracción y nulidad de la resolución sancionadora por vulneración al derecho de prueba, toda vez que por circunstancias probatorias no puede “imponerse sanción alguna que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria lícita sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad, con prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales” (Sentencia 1031, 2019), de manera que todas las pruebas obtenidas por medios ilícitos o fraudulentos, además de tener que ser excluidas del proceso, también acarrearán la nulidad del mismo.

Lo mismo comporta situaciones, como la vulneración a la presunción de inocencia e inexistencia de la conducta infractora, donde es de sumo conocimiento que le corresponde a la administración demostrar la culpabilidad disciplinaria, sin ser viable invertir la carga de la prueba, para que sea el sujeto disciplinado quien deba aceptar los cargos o declarar en contra de sí mismo, por lo que como bien lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Superior de Cataluña en su Sala de lo Contencioso Administrativo:

Supone que el órgano administrativo que imputa una conducta infractora a una persona tiene la carga de acreditar la realidad de los hechos que se tipifican en el tipo infractor, sin que a tal efecto sean en principio admisibles las presunciones, las hipótesis y las conjeturas, ni en fin tampoco las presunciones que vayan en

contra del expedientado. Otra de las coincidencias es que el expedientado no está obligado a declarar contra sí mismo, siendo por tanto la Administración quien debía de aportar prueba de su actitud contraria a derecho, y no puede ser aceptado que al no dar la versión que pretendía la Administración apelante, esta le sancione por ocultar información (Sentencia 2841, 2020).

Lo anterior, también se predica para el caso de indebidas valoraciones e interpretaciones probatorias, cuando por ejemplo, se sanciona a un servidor público por falta muy grave, en razón a la no práctica de un examen médico obligatorio, cuando se logra demostrar que el mismo no revestía u ostentaba tal calidad o connotación, sino que era apenas voluntario (Sentencia 905, 2019); así como también, cuando se impone una sanción desconociendo el principio a la igualdad en el ejercicio de la función pública, lo cual representa un trato desigual o discriminatorio en la asignación de una carga laboral, que desborda el cumplimiento de funciones estatales, como ocurre por ejemplo cuando se exige la misma responsabilidad a quien desarrolla actividades con dificultades técnicas, alta responsabilidad o peligrosidad, o penosidad, sin atender las complejidades laborales del medio interno o externo, incluidas las demandas sociales o los espacios territoriales, que en relación a quien no debe verse expuesto a esas exigencias u obligaciones (Sentencia 3344, 2020).

De esta manera, ha resaltado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que la falta de valoración probatoria con ponderación le permite al “ad quem”:

Entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba practicadas defectuosamente, entendiendo por infracción aquella que afecta a la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo (Sentencia 3298, 2020).

Otras situaciones de nulidad de fallos disciplinarios en las Comunidades Autónomas Españolas, también obedecen a faltas de preceptiva motivación, como bien lo ha reconocido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña-Sala de lo Contencioso de la Sede Barcelona, cuando sostuvo que:

La motivación no es un mero requisito más del acto administrativo, sino que tiene un valor instrumental, cuya finalidad es permitir al administrado conocer los motivos de la Administración, permitiendo la impugnación de sus acuerdos, y responde a la necesidad de que se exterioricen las razones por las cuales se llega a emitir un determinado juicio o decisión, siendo su finalidad la de evitar la arbitrariedad administrativa y la indefensión (Sentencia 3297, 2019).

Lo que deja en claro que todas las actuaciones o decisiones, tanto administrativas como judiciales, incluidas las del orden o ámbito disciplinario deben contar con un sustento de valoración razonada dentro de la motivación, so pena que de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el marco de su control judicial las declare infundadas.

Por último, vale la pena destacar que los fallos disciplinarios también pueden ser anulados en las Comunidades Autónomas de España cuando carecen de objeto en su fundamentación, por ejemplo en evento donde la garantía del “non bis in ídem” si se está lesionando o en su defecto cuando se investigan faltas que no corresponden al cumplimiento de deberes funcionales en el ejercicio del cargo, como ocurre en casos de investigación y sanción disciplinaria a un profesional por parte del Consejo General de la Abogacía, por causas distintas al ejercicio de la ética o al Código Deontológico, que están enmarcadas solo en el ejercicio de funciones públicas (Sentencia 740, 2020).

4.4. Consideraciones finales de capítulo

En virtud de todo lo expresado a lo largo del presente capítulo ha de concluirse que en materia administrativa disciplinaria, el principio del juez natural en Colombia está en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, como órgano de control preferente para adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones del caso, conforme a la facultad otorgada por los Artículos 277 y 278 del texto constitucional para tal efecto (Constitución Política , 1991).

Por otra parte, al desarrollar el estudio del principio de la doble instancia en el derecho administrativo disciplinario colombiano, se pudo establecer que los procesos disciplinarios gozan de doble instancia salvo en aquellos eventos donde el Procurador General de la Nación funge como autoridad disciplinaria en única instancia, lo cual variará cuando entre en vigencia el 01 de julio de 2021 el nuevo Código General

Disciplinario (Ley 1955, 2019), el cual asigna los asuntos disciplinarios que tiene a cargo actualmente dicho funcionario público en única instancia, a la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en primera instancia, y al Procurador General de la Nación en segunda instancia.

No obstante, en relación con la doble instancia en el control de legalidad de los actos administrativos disciplinarios, se halla que este principio se garantiza de forma restringida o parcial en el ordenamiento jurídico colombiano, en la medida que por regla general las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho que controvierten los fallos disciplinarios proferidos por autoridades del orden nacional, departamental, distrital y municipal, diferentes a los emanados por el Procurador General de la Nación, que adolezcan de cuantía (destitución e inhabilidad general, suspensión e inhabilidad especial, suspensión y multa), gozan de doble instancia; en tanto que las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se atacan decisiones administrativas disciplinarias, carentes de cuantía (amonestaciones), no cuentan con doble instancia; lo cual se espera que sea modificado a futuro, para contar tanto en sede administrativa como en sede judicial, con el cumplimiento de este principio.

Ahora bien, en relación con el análisis del control de legalidad llevado a cabo por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a los fallos disciplinarios proferidos por autoridades administrativas disciplinarias, se tiene que el mismo es pleno e integral, a la luz de los postulados tanto jurisprudenciales como doctrinales actuales, que justifican la revisión absoluta o de fondo de la legalidad de estas decisiones, en el

marco del debido proceso, el derecho de defensa y contradicción, y la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar más la justicia material tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como español.

De esta manera, el no reconocimiento de límites al control judicial de actos administrativos disciplinarios en Colombia, por parte tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, no constituye una vulneración de las facultades disciplinarias atribuidas a la Procuraduría General de la Nación, debido a que en efecto, a través del mismo solo se pretende garantizar una justicia material efectiva al interior de los procesos disciplinarios, evitando la adopción de sanciones arbitrarias e injustas en contra de servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas.

De la misma manera se aprecia en el ordenamiento jurídico español, como bien lo ha aseverado tanto la jurisprudencia como la doctrina española, que la revisión de las resoluciones administrativas que imponen sanciones como las disciplinarias, pueden estar sujetas tanto a un control formal por falta de claridad o ajuste en los hechos, error en la atribución del tipo normativo sancionador, cambios, ausencias o insuficiencias en la fundamentación jurídica que motivó la expedición del fallo y vicios de procedimiento; como a un control material, derivado del análisis del exceso de discrecionalidad en las razones que cimentaron la decisión, para lo cual se aborda a fondo el estudio de criterios, como la proporcionalidad, para determinar si una sanción en el esquema de la idoneidad, necesidad y razonabilidad, se adecua de forma correcta y justa al sistema jurídico estatal.

Ahora bien, como se señaló en los acápites finales del presente capítulo, si bien Colombia y España consagran en sus recientes decisiones de revisión de fallos disciplinarios, un control pleno e integral frente a éstas, no menos cierto es que esta potestad de regulación de actos sancionadores en algunos momentos se ha tornado confusa, parcial y distorsionada, en tanto que las posiciones acogidas en ciertas providencias judiciales, varían de estrictas a moderadas, indicando por ejemplo en algunos casos, que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no constituye una tercera instancia dentro del proceso disciplinario, pero en otros casos, avalando la aquiescencia de la regulación absoluta o completa al respecto, corrigiendo en su totalidad el contenido de la decisión, desde los hechos, las pretensiones, los motivos o consideraciones, las valoraciones probatorias, hasta la revocatoria o modificación integral de la sanción, a partir del análisis procesal llevado a cabo en lo contencioso-administrativo, como ocurre en Colombia; o por ejemplo, en algunos casos decidiendo la anulación de la sanción disciplinaria y devolución del expediente a la autoridad administrativa para que sanee los errores cometidos o defectos incurridos en el ejercicio de la potestad disciplinaria, pero en otros casos anulando de pleno el fallo disciplinario, y dejando sin efectos las ordenes dispuestas en el mismo.

Lo anterior, da lugar a revisar si se justifica la necesidad de llevar a cabo todo un proceso administrativo disciplinario sumado a un control de legalidad pleno e integral que conlleva a poner en tela de juicio principios como el juez natural, la doble instancia, la economía procesal, la celeridad, la cosa juzgada material, la seguridad jurídica y la confianza legítima de los sancionados disciplinariamente en el marco de un debido

proceso disciplinario tanto ordinario en sede administrativa como de revisión en sede judicial, pues a pesar que el ordenamiento jurídico español distingue o divide la fase de instrucción respecto de la de juzgamiento en el proceso administrativo disciplinario, a diferencia del ordenamiento jurídico colombiano, donde el mismo operador disciplinario que investiga es el que sanciona; se debe reconocer que la realización de un control de legalidad promovido frente a estos actos sancionatorios, en ambos ordenamientos jurídicos, con sus confusiones, disparidades y parcialidades, propician un desgaste tanto por parte de la organización administrativa disciplinaria como del aparato jurisdiccional, por lo cual, como se abordará a continuación, en el último capítulo de la presente tesis, se argumentará la creación de una jurisdicción disciplinaria que supla los vacíos, las ambigüedades y las vaguedades a las que nos ha conducido hasta ahora la configuración de un sistema jurídico disciplinario tan difuso, a partir de una configuración de naturaleza administrativa de los órganos que lo componen, en lo que concierne tanto a Colombia como a España.

Capítulo V

La Judicialización de la Función Administrativa Disciplinaria en Colombia

Introducción

De cara al cumplimiento del objetivo final de investigación, concerniente a determinar la posibilidad de judicializar la función administrativa disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano, este capítulo final planteará una estructura de análisis que va desde las características propias de las potestades administrativas disciplinarias con limitación o restricción de sus arbitrariedades por parte del garantismo judicial, como ocurre actualmente en Colombia con el control judicial pleno e integral a los fallos disciplinarios de carácter administrativo; hasta la propuesta de consolidación de una jurisdicción disciplinaria especializada en asuntos disciplinarios que se justifica en las problemáticas actuales que presenta tanto en la organización administrativa como en la aplicación de la técnica jurídica, por parte del sistema disciplinario administrativo actual en nuestro país.

5.1 Análisis de las arbitrariedades administrativas y su mitigación desde el garantismo judicial en Colombia

5.1.1 Las arbitrariedades administrativas en general

Los estudios de las arbitrariedades administrativas se encuentran asociados al análisis de los poderes discrecionales con que cuenta la administración para poder adoptar decisiones con un margen de libertad jurídica en su motivación. En ese sentido, autores como Eduardo García de Enterría (2016), señalan que los actos discrecionales corresponden a una potestad de autodeterminación administrativa, cuya emisión debe

darse en un marco de legalidad mínimamente reglado, con controles que vayan mucho más allá del simple estudio de la desviación del poder, por lo que cada vez más existen restricciones que imposibilitan la inmunidad del poder por parte de las autoridades administrativas ante el control judicial.

En ese sentido, si bien la potestad sancionatoria de la administración está justificada desde cumplimiento del poder de policía y la función de policía para asegurar el orden público y garantizar el interés general, por medio de la regulación del ejercicio de libertades individuales e imposición de sanciones que prevengan el despliegue de conductas contrarias al ordenamiento jurídico (Restrepo & Nieto 2017), no es menos cierto que las decisiones administrativas deben contar con un control judicial que permita validar la legalidad del contenido de estas actuaciones. Por esa razón, retomando a García de Enterría (2016), existen técnicas de control de la discrecionalidad administrativa que ameritan su procedencia en la regulación de actividades sancionatorias, y más específicamente en relación con los actos administrativos disciplinarios, como son la revisión de los hechos determinantes, los conceptos jurídicos indeterminados, y los principios generales del derecho. Los cuales pueden inferir que:

El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto, a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco su responsabilidad (García de Enterría, 2016, p. 49).

La argumentación precedente se encuentra soportada igualmente en autores como Tomás R. Fernández, quien citado por Cassagne (2009), sostienen que la plenitud del control judicial sobre actuaciones discrecionalidad de la actividad administrativa es procedente, incluso con la posibilidad de sustituir las decisiones adoptadas en esa sede, por cuanto la protección de derechos e intereses de personas afectadas debe ceder ante los derechos de la administración, por lo que en el marco de la Constitución Española, garantías tales como “a) el sometimiento de la Administración a la ley al Derecho (art. 103.1); b) la interdicción de la arbitrariedad para todos los poderes públicos (art. 9.3), y c) el principio de la tutela judicial efectiva (art. 24.1)” (Cassagne, 2009, p. 188), prevalecen sobre los poderes discrecionales de la administración, sin que los mismos gocen de inmunidad ante la regulación o control judicial.

En ese orden de ideas, como bien lo refiere Cassagne (2009) bajo el amparo dialéctico de Fernández y García de Enterría, la plenitud de un control judicial amerita la sustitución de decisiones administrativas fundadas en criterios de poca razonabilidad que poco o en nada atienden a los juicios de valor judicial, en la lógica de un discurso o razonamiento retórico o tópico. De esta manera, las decisiones de la administración deben circunscribirse al uso de técnicas argumentativas que hilen “las circunstancias del caso con los principios generales del Derecho o, en otros términos, que armoniza dialécticamente los supuestos de hechos con los principios de la justicia material” (p. 189).

Ahora bien, específicamente para el ámbito del *ius puniendi* del Estado aplicable desde el derecho administrativo sancionador, es claro que “las sanciones administrativas

a menudo se fundamentan en la mera desobediencia a una institución” (García Amado, 2011, p. 40), sin embargo:

Cuando se justifica la potestad administrativa en nombre de la autotutela, es decir, como defensa de la obediencia a las normas que la propia Administración da para velar por el interés público o el bienestar, es mejor atenerse a interpretaciones bien restrictivas de tales nociones y no perder de vista el difícil encaje que con las libertades constitucionales tienen ciertas técnicas y propósitos para conseguir resultados puramente estadísticos, objetivos meramente simbólicos o fines que sirven más a intereses políticos parciales que al bien de los ciudadanos (García Amado, 2011, p. 40).

Cuánta razón tiene la doctrina desde la academia española, que evidencia claramente a partir de las garantías en el derecho sancionador, la necesidad de modular el ius puniendi del Estado, teniendo en cuenta la admisibilidad de sanciones, como las disciplinarias, pero en un marco jurídico de respeto y no de politización, lo cual acompañado con lo que se expondrá más adelante, da cuenta de la realidad que se vive día a día con el uso de las discrecionalidades administrativas exacerbadas o desproporcionadas, que tienden a la arbitrariedad de las actuaciones administrativas en las entidades públicas.

5.1.2 De la arbitrariedad administrativa en materia disciplinaria

En correspondencia con lo anterior, se aprecia como académicos y juristas del derecho disciplinario en Colombia reconocen que existe receptividad de la potestad disciplinaria por parte de un sector de la sociedad, en tanto que otros colectivos o miembros del conglomerado social las rechazan o imprueban, debido a la obtención de:

(...) Fines personales, políticos y protervos por parte de quien la detenta, lo cual muestra un lado frágil y desafortunado del actual régimen disciplinario de los funcionarios públicos-para no decir una crisis-, debido a la utilización desmesurada y la pérdida de credibilidad de algunas autoridades que ejercen dicha potestad (Roa & Duarte, 2019, p. 27).

Es por esta razón que, en materia disciplinaria específicamente, el control pleno e integral de los fallos administrativos disciplinarios se permite o procede de manera justificada, por medio de la actividad sustitutiva o modificadora del juez (Consejo de Estado, 2014-01955, 2018²⁰), en aras de garantizar principios como la seguridad jurídica, la confianza legítima, la tutela judicial efectiva y la cosa juzgada material (no formal) en los procesos disciplinarios (Corte Constitucional, Sentencia C-328, 2015), y evitar la adopción de sanciones disciplinarias abierta o plenamente desproporcionadas que avalen el alcance discrecional arbitrario o injusto con que cuentan las actuaciones de algunos operadores disciplinarios (Mondragón, 2020).

Lo cual se encuentra en consonancia o en línea con lo esbozado por reconocidos exponentes del constitucionalismo, como Luigi Ferrajoli (2012), quien recuerda la

²⁰ En esta sentencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado reconoció textualmente que “la interpretación del ejercicio de la facultad disciplinaria como un trámite compuesto –administrativo inquisitivo y jurisdiccional dispositivo- para efectos de lograr cumplir con el imperativo convencional antes mencionado –art. 23.2 de la convención americana de derechos humanos- exige entender que juez facultado para revisar la decisión administrativa disciplinaria obra como un juez disciplinario, con las facultades no solo de anulación sino necesariamente de recomposición del acto sancionatorio, pues será este quien en ultimas defina no solo la restricción o no de los derechos protegidos en la disposición convencional mencionada –mediante la anulación no del acto administrativo disciplinario- sino también el contenido y extensión de la restricción –recomposición del acto administrativo disciplinario-. Así las cosas, la facultad de la jurisdicción contenciosa administrativa para la recomposición del acto administrativo disciplinario, parte de una obligación convencional –Convención Americana de Derechos Humanos- que exige involucrar al juez como autorizado último para la restricción de derechos políticos” (Consejo de Estado, Sección Segunda, 2018, pp.18-19).

necesidad del “«constitucionalismo garantista» para designar la «teoría jurídica de los límites del poder político»” (p. 20), como forma de acceder al control de las decisiones jurídicas, desde instancias como el control de legalidad y el control de constitucionalidad, para garantizar no solo el ser, sino el deber ser de las actuaciones emanadas por los poderes públicos. En ese sentido:

(...) Se concibe como un sistema de límites y vínculos impuestos por constituciones rígidas a todos los poderes y garantizados por el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre su ejercicio: de límites impuestos en garantía del principio de igualdad y de los derechos de libertad, cuya violación por acción da lugar a antinomias, es decir a leyes inválidas que requieren ser anuladas mediante la intervención jurisdiccional; de vínculos impuestos esencialmente en garantía de los derechos sociales, cuyo incumplimiento por omisión da lugar a lagunas que deben ser colmadas por la intervención legislativa (Ferrajoli, 2012, p. 25). (...) En síntesis, el constitucionalismo garantista se concibe como un nuevo paradigma iuspositivista del Derecho y de la democracia, que —en cuanto positivamente normativo en relación con la misma normación positiva, y en cuanto sistema de límites y vínculos sustanciales relativo al «qué», junto a los formales relativos al «quién» y al «cómo» de las decisiones— integra el viejo modelo paleo-iuspositivista (Ferrajoli, 2012, p. 27).

Este sistema de límites judiciales que se imponen a las actuaciones administrativas, se refleja en el derecho administrativo disciplinario por medio del control de legalidad pleno e integral a los fallos disciplinarios, el cual en la realidad jurídica, como bien se advirtió en el capítulo anterior, faculta a la jurisdicción de lo contencioso

administrativo a “modificar, según el caso; la tipicidad de la conducta, culpabilidad, realizar una nueva interpretación o valoración probatoria, y graduación de la sanción disciplinaria” (Meza, 2020, p. 75), para dar paso a una tercera instancia, que entra a corregir los defectos fácticos, materiales, orgánicos y procedimentales en que incurre el operador disciplinario, lo cual en esencia ha venido siendo reconocido por algunos académicos como “coadministración de la potestad disciplinaria por parte de los jueces administrativos” (Meza, 2020, p. 76).

Así pues, en la realidad del ordenamiento jurídico disciplinario colombiano, a pesar que la función administrativa disciplinaria comporta “un ejercicio de función administrativa, las sanciones disciplinarias resultan subsumiéndose dentro del objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo” (Roa & Duarte, 2020, p. 85), al punto que:

La anulación de un acto administrativo de carácter disciplinario en virtud de una circunstancia de desproporción no puede en modo alguno representar impunidad frente a una conducta que fue de algún modo trasgresora de los deberes y obligaciones de los servidores públicos, de ahí que sea en interés de la sociedad el funcionamiento de la competencia del juez contencioso para establecer nuevas medidas en reemplazo de las anuladas por la jurisdicción; y en lo que concierne al demandante, su juzgamiento en los términos estrictos de lo arrojado por el plenario le restablece su situación jurídica en cuanto al derecho absoluto de los ciudadanos para ser sometidos a los procesos sancionatorios sin que en ese actuar del Estado de Derecho se cometa desequilibrio, injusticia o desproporción (Sánchez, 2020, pp. 458-459).

De esta manera, se ratifica que el carácter de cosa juzgada material de los fallos disciplinarios terminan quedando realmente en sede judicial, mas no en la sede administrativa, cuando se trata de verificar la legalidad de las actuaciones contenidas en la decisión por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, respecto de la cual pueden hallarse modificaciones, sustituciones o revocatorias de la sanción disciplinaria, tanto relativas como absolutas, que garantizan la tutela judicial efectiva respecto del sujeto disciplinado, bien sea en calidad de servidor público o particular que cumple funciones públicas.

5.2 Problemáticas en torno al sistema de la función administrativa disciplinaria actual en el ordenamiento jurídico colombiano, de cara a su judicialización parcial o plena

En acápite anteriores se había advertido diferentes problemáticas concernientes al modelo actual de la función administrativa disciplinaria en Colombia, a partir de la necesidad de separación del ejercicio de la actividad investigativa respecto de la sancionatoria, como ocurre en España; así como del control de legalidad pleno e integral de los fallos disciplinarios adoptados en sede administrativa, que impiden la consolidación del principio de cosa juzgada material, seguridad jurídica y confianza legítima respecto de las actuaciones promovidas por los operadores disciplinarios en el ámbito administrativo, pues es claro que en un sistema disciplinario inquisitivo como el colombiano, la misma autoridad que investiga, acusa y juzga, siendo imposible que las decisiones contentivas de sanciones disciplinarias hagan tránsito a cosa juzgada, en la

medida que éstas pueden ser demandadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (Roa & Duarte, 2020).

No obstante, en términos más específicos los conflictos o controversias que se pueden ahondar frente a este modelo inquisitivo de la función administrativa disciplinaria en Colombia, se pueden circunscribir de forma más concreta a las siguientes situaciones:

1. La formación del sujeto o aptitud del operado disciplinario: En el caso de Colombia no todos los procesos administrativos disciplinarios requieren de un operador disciplinario con conocimientos en Derecho, e incluso en Derecho Disciplinario, para investigar y sancionar disciplinariamente a sus subalternos o sujetos disciplinarios a su cargo. Un ejemplo de ello, lo constituyen los procesos disciplinarios adelantados al interior de la Fuerza Pública, bien sea Policía Nacional o Fuerzas Militares, en los cuales no se requiere que las autoridades con competencia disciplinaria ostenten la calidad de abogados o profesionales del derecho para asumir con aptitud un proceso de tal naturaleza en contra de sus subalternos.

2. La organización administrativa: En Colombia las autoridades administrativas que gozan de potestad disciplinaria, incluso de poder preferente, como ocurre en el caso concreto con la Procuraduría General de la Nación, obedecen en su naturaleza a órganos de control desconcentrados, estructurados de forma piramidal o escalonada, dependientes jerárquicamente a un superior en la misma entidad, que impide garantizar la autonomía, independencia, transparencia e imparcialidad en la toma de decisiones al interior del órgano de control.

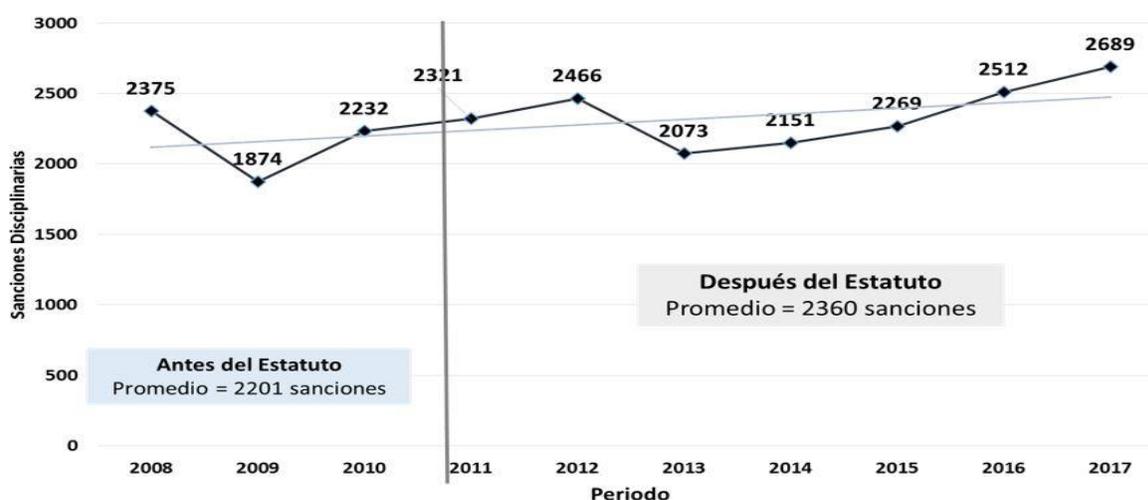
Esta situación jurídica está amparada en diferentes fallos del Consejo de Estado, como es el caso de Piedad Esneda Córdoba Ruiz contra la Procuraduría General de la Nación, donde la Sección Segunda del Consejo de Estado afirmó que el máximo órgano de control disciplinario en Colombia en su estructura no goza de independencia e imparcialidad, dada la forma piramidal o escalonada en cabeza del Procurador General de la Nación, por lo cual las decisiones no pueden asemejarse a las emanadas por la función jurisdiccional, máxime cuando los fallos disciplinarios proferidos por aquella son de naturaleza administrativa, por ende, carecen de rango y reconocimiento judicial (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 2011-00316, 2016).

Esta falencia del modelo estructural disciplinario en Colombia se sigue presentando, a pesar de la expedición de la Ley 2094 de 2021, la cual además de atribuir funciones jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación, en su calidad de órgano de control disciplinario de naturaleza administrativa, también divide el rol de investigación respecto de sanción al interior de la misma entidad, razón por la cual la debilidad de la organización administrativa institucional en materia disciplinaria se sigue presentando, como quiera que la instrucción y el juzgamiento de los servidores públicos, incluidos los de elección popular, sigue quedando en manos de la misma autoridad, solo que a partir de la creación de salas internas de instrucción y de juzgamiento para cumplir con tal menester.

3. La congestión administrativa: En Colombia los despachos disciplinarios cuentan con sobrecarga laboral, lo cual impide dar un tratamiento adecuado, efectivo, oportuno y justo a las decisiones, por medio de las cuales se resuelve un asunto o

proceso disciplinario. Esto se evidencia en el aumento de las sanciones disciplinarias que se pudo rastrear durante el periodo 2008 al 2017, como se observa a continuación:

Figura 4. Cantidad de servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas sancionados desde 2008 al 2017 por la Procuraduría General de la Nación.



Fuente: Observatorio de Transparencia y Anticorrupción (2018) Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad – SIRI, de la Procuraduría General de la Nación – PGN. Datos desde 2008 hasta 2017.

4. La política: En Colombia la elección de los Procuradores Regionales y Distritales es de libre nombramiento y remoción, y el Procurador General de la Nación es elegido por el Senado de la República de terna del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, razón por la cual su ingreso al ejercicio de la función pública enmarcada en la competencia para investigar y sancionar disciplinariamente a los servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas, puede no llegar a ser autónoma, independiente e imparcial, ya que su

nombramiento siempre se deberá a una corporación pública de elección popular (Senado de la República) y/o a la autoridad que lo ternó (Presidente de la República, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), lo cual lo pone en riesgo de sufrir algún conflicto de interés al respecto. Esta problemática genera gran controversia desde dos puntos de vista:

La primera en relación con la estructura administrativa que integra la Procuraduría General de la Nación, la cual dista de la estructura del poder judicial, donde normalmente los funcionarios y empleados adscritos a esta última se vinculan en provisionalidad, en carrera administrativa o en extremo caso en descongestión con miras a asignar sus vacantes en propiedad. De esta manera, es claro que las vinculaciones por medio de libre nombramiento y remoción de los Procuradores Delegados para asuntos disciplinarios, así como de los Procuradores Regionales, Procuradores Distritales y Procuradores Provinciales en Colombia que tienen a su cargo la función administrativa disciplinaria territorial (Presidencia de la República, Decreto 262, 2000, art. 182), le resta bastante autonomía, independencia e imparcialidad a las sanciones disciplinarias impuestas por ellos en contra de servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas.

La segunda es frente a la elección del Procurador General de la Nación, cuya atribución está a cargo del Senado de la República, para un periodo de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, conforme lo señalado el artículo 276 de la Constitución Política de 1991. Lo cual a simple vista denota una injerencia política de los poderes públicos no solo en la elección, sino también en el funcionamiento y en la adopción de

sanciones disciplinarias a servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas, ya que no se puede predicar de autonomía, independencia e imparcialidad de los fallos disciplinarios proferidos en una sede administrativa, cuando la elección del jefe del máximo del órgano de control disciplinario, obedece a un favor o a una coyuntura de carácter político.

Es por esta razón, que como se ha venido exponiendo a lo largo de los últimos acápite de la presente investigación doctoral, le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativa hacer un estudio exhaustivo de la decisión disciplinaria, a través de su control pleno e integral, para descartar además de posibles desviaciones de poder, la existencia de irregularidades sustanciales que desconozcan las normas constitucionales y/o legales en que deberían fundarse o el debido proceso en sí mismo, o la presencia de falsas o faltas motivaciones que vicien de lleno o de plano el contenido de la decisión disciplinaria. De manera que la problemática aquí suscitada acentúa aún más la limitación del principio del juez natural de las autoridades administrativas disciplinarias, en el marco de sus decisiones disciplinarias, las cuales aparte de ser políticamente cuestionadas también le restan eficacia en lo que respecta al fenómeno de la cosa juzgada material, ya que hasta que no queden en firme por una autoridad judicial de cierre, los alcances o efectos simplemente harán tránsito a cosa juzgada formal.

Así pues, como recientemente se citó en un texto de autoría del suscrito investigador:

(...) Se plantea la necesidad actual, pertinente, útil y real de reformar constitucionalmente la estructura de la Procuraduría General de la Nación, como simple órgano de control, que desde un carácter administrativo ostenta la facultad

para investigar y sancionar disciplinariamente a los servidores públicos, conforme a la facultad que le fue otorgada constitucionalmente para tal efecto. En aras de lograr su consolidación como una autoridad judicial, que garantice el respeto de sus decisiones sancionatorias en el marco de la autonomía e independencia que le ha sido limitada hasta el momento; en la medida que el control de legalidad a sus fallos en sede judicial le ha restado fuerza, reconocimiento y credibilidad como institución. Por tanto, la reestructuración de esta figura también beneficiaría al funcionamiento del sistema disciplinario, en términos de transparencia, rectitud e imparcialidad de las decisiones adoptadas por las nuevas autoridades disciplinarias. Por cuanto el nombramiento de funcionarios judiciales que tengan a cargo el ejercicio de la potestad disciplinaria haría que se prescindiera de la elección de autoridades disciplinarias con injerencia política de servidores públicos (Mondragón, 2020, p. 118-119).

5. La dispersión de autoridades administrativas disciplinarias bajo un sistema inquisitivo: En Colombia hay multiplicidad de autoridades disciplinarias, al interior de distintas entidades o instituciones públicas, lo cual evidencia una dispersión de la función administrativa disciplinaria en nuestro país. Aunado a ello, se tiene que el sistema disciplinario colombiano es inquisitivo, mas no adversarial, donde la misma autoridad disciplinaria que investiga es la que sanciona, por lo que al haber una ausencia de separación de la función de investigación respecto de la de sanción (como sí ocurre en materia penal, donde la autoridad que investiga es distinta a la que juzga), no se garantiza el principio de independencia e imparcialidad respecto de la función disciplinaria.

En ese sentido, se tiene que Colombia no cuenta con un sistema adversarial, como ocurre en España donde existe autoridad administrativa de instrucción y otra de juzgamiento, sino que tanto la función administrativa disciplinaria como la función jurisdiccional disciplinaria son inquisitivas, donde la misma autoridad que investiga es la que sanciona. Ello desconoce la garantía convencional de imparcialidad, que refiere la exigencia de separar la autoridad que adelanta la fase de instrucción o de investigación dentro de un proceso sancionatorio, de aquella quien realiza el juzgamiento, “a fin de disminuir o eliminar la posibilidad que conceptos o ideas preconcebidas influyan en la calificación y sanción de esa conducta” (Roa y Duarte, 2019, p. 25).

Esta situación ha llevado no solo a la congestión de funciones disciplinarias como se precisó previamente, sino que para el caso especial de la función administrativa disciplinaria existe un conjunto de autoridades varias que limitan el ejercicio especializado de los asuntos disciplinarios por lo menos en cabeza de una corporación, que convoque e integre varias autoridades expertas en la materia a nivel nacional, departamental y municipal.

De esta manera, en la actualidad el ordenamiento jurídico colombiano halla un régimen general de destinatarios de la vigente Ley 734 de 2002, que prevé su sustitución por parte de la Ley 1952 de 2019, a partir del 01 de julio de 2021, donde asigna la competencia a la Procuraduría General de la Nación para conocer, investigar y sancionar las faltas disciplinarias por servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio; particulares que cumplen labores de interventoría o supervisión de contratos estatales; asesores jurídicos externos; auxiliares de la administración; particulares que ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria; y quienes administren

recursos públicos u oficiales (Congreso de la República de Colombia, 2002, art. 25, 53 y 172) (Mondragón, 2020, p. 238 a 242).

No obstante, en el sector público también se prevén varios regímenes especiales aplicables tanto a servidores públicos como a particulares que cumplen funciones públicas (Ramírez, Carrillo & Sánchez, 2018), como por ejemplo el caso de notarios y curadores, que en virtud de lo dispuesto por la Ley 1796 de 2016, son investigados y sancionados disciplinariamente por la Superintendencia de Notariado y Registro; los miembros de la fuerza pública, integrada por la Policía Nacional (Ley 1015 de 2006) y Fuerzas Militares- Ejército Nacional, Armada Nacional y Fuerza Aérea (Ley 1862 de 2017), las cuales tienen a cargo de los superiores jerárquicos o jefes inmediatos, el ejercicio de la potestad disciplinaria en contra de sus subalternos.

Por último, también se hallan cobijados por el régimen disciplinario del sector público, los indígenas que administran recursos del Estado, así como los gerentes de cooperativas, fundaciones y asociados que se crean y organizan por el Estado o con su participación mayoritaria (Restrepo, 2019).

Adicionalmente, vale la pena mencionar que la dispersión más amplia de la función administrativa disciplinaria está representada en las Oficinas de Control Disciplinario Interno de cada entidad u organismo estatal, las cuales deben ser obligatoriamente constituidas por mandato del artículo 76 de la Ley 734 de 2002, pues la cantidad de oficinas de control disciplinario interno creadas a la fecha, constituye un agravante de la dispersión operativa del derecho disciplinario, que imposibilita la aplicación de la técnica jurídica en materia disciplinaria con adopción de criterios unificados en su ejercicio.

Lo anterior, permite entrever que la dispersión tanto normativa o técnica como ejecutiva u operacional en el derecho disciplinario es tan amplia, que incluso la misma puede tonarse vaga o ambigua, como quiera que:

(...) la potestad disciplinaria en el sector público es ejercida de forma preferente por la Procuraduría General de la Nación, pero también por las Personerías, las Oficinas Control Disciplinario, los funcionarios administrativos con potestad disciplinaria y la jurisdicción disciplinaria. Al respecto el Art. 67 de la Ley 734 del año 2002, establece que, el ejercicio de la acción disciplinaria está en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, la Superintendencia de Notariado y Registro, los Personeros Distritales y Municipales; las oficinas de control disciplinario interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado; y los nominadores o superiores jerárquicos inmediatos (Mondragón, S., Barreiro, J., Flórez, M., 2019, p. 169).

Así pues, esta amplia dispersión normativa obliga a que se deba incurrir en la necesidad de unificar más el ejercicio de la función disciplinaria en Colombia, bien sea como se expondrá más adelante, por medio de una reforma constitucional que asigne la competencia disciplinaria en cabeza de una corporación o autoridad dual con competencia judicial, donde se satisfagan, cumplan y respeten las garantías procesales en el marco de la división de la función de investigación respecto de la de sanción, como ya se dijo anteriormente.

6. La convención americana de derechos humanos: Las decisiones emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e incluso del Consejo de

Estado colombiano, amparadas en el artículo 23 numeral 1 del texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, impiden sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular por parte de órganos de control de naturaleza administrativa, como la Procuraduría General de la Nación, ya que a partir de esta disposición normativa la restricción de derechos políticos en cabeza de este tipo de servidores públicos, solo puede darse por parte de un órgano o autoridad judicial; desconociéndose por medio de estas decisiones supranacionales, el rango de la supremacía constitucional de que goza el artículo 277 de la Constitución Política de 1991, respecto del cual debe haber una interpretación armónica con relación al artículo 23 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humana, a la luz del bloque de constitucionalidad, en consonancia con lo igualmente previsto por la Corte Constitucional en sentencias recientes, como la C-086 de 2019.

Esta situación venía siendo advertida en el orden interno, aunque con un carácter confuso, por parte del Consejo de Estado, cuando en Sentencia del 15 de noviembre de 2017, afirmó que en cumplimiento del artículo 23 numeral 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos “El poder capaz de limitar y suspender el ejercicio de derechos políticos de los ciudadanos, en su sentido pasivo como electores y de las autoridades que ellos han elegido democráticamente, radica exclusivamente en un juez de la república” (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 2014-00360, 2017), con lo cual se previno a la Procuraduría General de la Nación en ese año, a no imponer sanciones disciplinarias que restringieran derechos políticos, como ocurre con el caso de la destitución e inhabilidad general o suspensión e inhabilidad

especial, por cuanto su naturaleza administrativa ya mencionada previamente no le permite contar con alcance judicial en sus decisiones.

Lo anterior, fue comunicado en su momento por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de la Resolución de Medidas Cautelares 5 del 2014, donde se suspendió de inmediato de los efectos de la decisión del 9 de diciembre de 2013, que fue confirmada por la Procuraduría General de la Nación el 13 de enero de 2014, a través de la cual se sancionó con destitución e inhabilidad general por 15 años a Gustavo Pedro Urrego en su condición de Alcalde Mayor de Bogotá para esa época (Procuraduría General de la Nación, 2014). No obstante, el antecedente que más se acerca a la tan avizorada decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 08 de julio de 2020, fue el informe número 130 del 25 de octubre de 2017, emanado por la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se dispuso “dejar sin efecto los actos administrativos sancionatorios que impusieron sanciones de inhabilitación al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, de forma tal que pueda ejercer libremente sus derechos políticos, incluyendo su derecho al sufragio pasivo” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 13.044, 2017, p. 32) y se ordenó:

Adecuar la legislación interna, en particular, las disposiciones de la Constitución Política y del Código Disciplinario Único, que contemplan respectivamente la facultad de destituir e inhabilitar a funcionarios de elección popular por parte de la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de su potestad disciplinaria (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 13.044, 2017, p. 32).

De manera tal, que el fallo proferido el 08 de julio de 2020 y notificado el 18 de agosto de 2020, era previsible, en la medida que lo único que hizo fue reiterar de forma

correspondiente o similar a como se hizo por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que la Procuraduría General de la Nación no tenía la competencia para imponer sanciones que impliquen la restricción de derechos políticos, por cuanto a la luz del numeral 1 del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, las mismas solo pueden ser aplicadas por acto jurisdiccional del juez competente en el correspondiente proceso penal.

Así pues, en virtud de esta última sentencia de orden internacional, el panorama del sistema disciplinario administrativo actual se ve obligado a ser modificado o variado de forma ostensible, en razón que para el caso de servidores públicos de elección popular la restricción de derechos políticos, enmarcadas en sanciones que comportan su inhabilidad, quedó supeditada a la imposición de una condena de carácter penal en firme, lo cual como se expondrá más adelante solo podría ser relativizado o atenuado en mayor medida, si se contempla la posibilidad de judicializar la función administrativa disciplinaria en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, aunque no es el objeto central de la discusión dentro del presente estudio, es menester precisar al interior del presente texto académico e investigativo con rigor científico, que se deben cumplir con las garantías convencionales en el marco de lo dispuesto o señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, pero se advierte que se está la espera de recibir la aclaración de este órgano judicial internacional, con relación a la exigencia de que sea una autoridad judicial con estricta competencia penal, la que solo restrinja los derechos políticos de servidores públicos de elección popular, como quiera que ello podría desconocer definitivamente nuestro modelo de Estado Unitario con Descentralización Territorial,

enmarcado en funciones del poder público (ejecutiva, legislativa y judicial) que se acompañan con la actividad desarrollada por los órganos de control disciplinario y fiscal, la organización electoral y la organización territorial a nivel seccional y local (Rodríguez, 2006).

Lo anterior, en el entendido que la Convención Americana de Derechos Humanos, que ampara la decisión de la CIDH, es del 22 de noviembre de 1969 y responde a la necesidad que existía en aquella época de brindar las garantías judiciales al interior de los juicios políticos adelantados en países dictatoriales luego de la segunda guerra mundial. Por lo que es claro, que la Constitución Política de 1991, fue expedida con posterioridad a ese instrumento jurídico internacional y responde a necesidades e intereses jurídicos, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales de otra época, lo cual atendiendo al cumplimiento de las garantías procesales que demanda el despliegue de actuaciones o funciones administrativas y judiciales, permite que tanto los órganos de control como los órganos judiciales propiamente dichos, se encuentren instituidos para ejercer la función disciplinaria en contra de los servidores públicos que tengan a su cargo.

Lo previamente expuesto está soportado en argumentos sólidos que hacen alusión al respecto, por parte de reconocidos autores académicos, juristas y expertos en derecho disciplinario, quienes han señalado que:

El artículo 23.2 de la CADH debe ser estudiado de cara a las circunstancias históricas y políticas que rodearon su expedición, como también respecto de los preceptos superiores contenidos en la Constitución de 1991. Bajo el contexto histórico, fue el querer de los Estados Miembros de la OEA que el principio

democrático y de tridivisión de poderes fuera el eje rector que guiara el actuar de los integrantes de la Unión, que en su mayoría atravesaban o habían atravesado por periodos aciagos de totalitarismos marcados por formas de gobierno dictatoriales que tenían la capacidad de borrar de un plumazo las aspiraciones democráticas de nacies sectores de oposición o de líderes que, a través de procesos democráticos, habían alcanzado cargos de elección popular (Sánchez, 2020, p. 454).

Así pues, la adopción de decisiones disciplinarias por parte de autoridades administrativas en el marco de las garantías convencionales que impone el cumplimiento de tratados, convenios y fallos internacionales en materia de derechos humanos, es una problemática que concierne a la estructura actual del sistema administrativo disciplinario en Colombia, ya que a pesar de que se ha intentado articular, armonizar y compaginar las disposiciones normativas internacionales que rigen la materia en relación con el compendio normativo nacional que la regula, esto no ha sido posible en el marco de los distintos escenarios de conflicto jurídico en el que se ha visto inmerso o incurso el Estado colombiano, por imponer sanciones disciplinarias que restringen derechos políticos a servidores de elección popular.

El análisis de estas problemáticas del actual sistema administrativo disciplinario en Colombia, que convergen en asuntos administrativos aunados a al ámbito técnico jurídico, se pueden visualizar mejor a través del siguiente esquema:

Figura 5. Problemáticas de la función administrativa disciplinaria actual en Colombia



Fuente: Propia

5.3 Propuestas de judicialización de la función administrativa disciplinaria en Colombia

En relación con el esquema anterior, se plantea de manera justificada la pertinencia de judicializar la función administrativa, disciplinaria en Colombia, sobre todo teniendo en cuenta el referente jurisprudencial más reciente, emanado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Petro Urrego contra Colombia (Sentencia del 08 de julio, 2020), en el que se estima la obligatoriedad de imponer sanciones que restrinjan los derechos políticos de servidores públicos de elección popular sólo por parte de autoridades judiciales, con competencia penal, respecto de lo cual ya se evidencia la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico colombiano para

que sea una corporación o un funcionario público con tales características, el que sancione disciplinariamente a esta categoría de servidores públicos.

Lo que a consideración del suscrito investigador implicaría reformar y reestructurar constitucionalmente el ejercicio de la potestad disciplinaria desde su competencia, hallada actualmente en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, como máximo órgano de control disciplinario de carácter administrativo, para bien sea transferir, otorgar o ceder por lo menos la función de sanción propiamente dicha, que es visible perfectamente conforme a lo visto en el ordenamiento jurídico español, a una autoridad distinta, que por las exigencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe ser judicial y con competencia penal.

Para lo cual ha de revisarse, si por ejemplo, podría ser el Consejo de Estado, a través de su Sección Segunda, la que podría imponer la sanción correspondiente, así como lo viene haciendo desde la teoría del control judicial pleno e integral a los fallos disciplinarios, donde quedó claramente evidenciado que puede sustituir, modificar o alterar sanciones disciplinarias, como en el caso del ex alcalde de Medellín-Colombia Fabio Alonso Salazar Jaramillo contra la Procuraduría General de la Nación (Sentencia 2013-00117, 2014), cuando se varió la sanción de destitución e inhabilidad general por 12 años y se reemplazó la misma por una sanción de simple amonestación, que solo conlleva la anotación de la falta disciplinaria con copia a la hoja de vida.

Lo anterior, tiene asidero y justificación académica, investigativa y jurídica propiamente dicha, máxime cuando además vienen siendo las Secciones Primera y Quinta, las que vienen conociendo de los medios de control de pérdida de investidura y nulidad electoral, respectivamente, los cuales en la práctica conllevan la restricción de

derechos políticos de servidores públicos de elección popular²¹, como en su momento ocurrió y se hizo efectivo en contra de la Representante a la Cámara Ángela María Robledo, a quien la Sección Quinta del Consejo de Estado le declaró la nulidad electoral por medio de la providencia del 25 de abril de 2019, expediente 2018-00074-00, pero con posterioridad la Sección Segunda de la misma Corporación Judicial en fallo de tutela del 10 de marzo de 2020 (Sentencia 2019-03079-01, 2020), decidió revocar la decisión emanada dentro del proceso de nulidad electoral que declaró la nulidad de la elección de esta servidora pública de elección popular por doble militancia, y en consecuencia, la parlamentaria en mención recuperó su curul y regresó al cargo.

En consonancia con lo inmediatamente expuesto de forma previa, se tienen casos como la solicitud de pérdida de investidura en caso de la Senadora Angélica Lozano del Partido Verde, la cual fue negada por la Sala Plena del Consejo de Estado el día 14 de octubre de 2020, pero que de haber prosperado se hubiese convertido en una inhabilidad perpetua e intemporal para aspirar o acceder a cargos públicos de elección popular en el futuro (Roa & Duarte, 2019), pues como bien lo relataron los medios de comunicación “la pérdida de investidura implica que una persona nunca más puede presentarse a cargos de elección popular, por lo que también se le conoce como ‘muerte política’” (El Tiempo, 2020), con lo cual queda claro que de haber prosperado la demanda respectiva en su contra, esta hubiese quedado vetada o inhabilitada de por vida para aspirar a un cargo o una corporación de elección popular. Este caso se suma entre otros, al del ex

²¹ Los reconocidos académicos y juristas en derecho disciplinario David Alonso Roa Salguero y Carlos Arturo Duarte Martínez (2019), reconocieron que “la restricción de los derechos políticos a cargo de una autoridad judicial (no penal) como la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a través del proceso de pérdida de investidura, está dentro del margen de posibilidad que puede llegar a adoptar los Estados miembros del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante SIPDH), sin que por ello se viole la CADH” (p. 102).

congresista Antanas Mockus, a quien el 09 de septiembre de 2020 la Corte Constitucional aceptó la acción de tutela que podría recuperarle su curul como Senador (La FM, 2020), tras de declaratoria de nulidad de su elección confirmada por la Sala Plena del Consejo de Estado el día 21 de enero de 2020 (Ámbito Jurídico, 2020), la cual implicó su separación inmediata del cargo, por lo que se estaría a la expectativa del fallo del alto tribunal constitucional para atender o no a la recuperación de la curul como servidor público de elección popular en el Senado de la República de Colombia.

Esta postura tiene asidero también en argumentos expuestos por algunos autores, referentes y exponentes académicos del constitucionalismo en Colombia, como Rodrigo Uprimny Yepes (2020), quien en torno a la adopción obligatoria del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego vs. Colombia, sostuvo en evento académico llevado a cabo el día 19 de octubre de 2020 al interior de la Universidad Externado de Colombia, que dicha sentencia internacional no explica o desarrolla el contenido literal que alude el numeral 1 del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, frente al alcance que tiene la restricción de derechos políticos solo por autoridades judiciales con competencia penal, pues la evolución teórica, epistemológica, dogmática y práctica del derecho debe permitir la visualización de la Convención como instrumento viviente que va más allá de la literalidad.

En ese sentido, este reconocido jurista del Derecho Constitucional Colombiano (Uprimny, Entrevista del 19 de octubre de 2020) aseveró que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no analizó en contexto la posibilidad de restringir derechos políticos por parte de una autoridad equivalente a un juez penal con una sanción equivalente a la penal, haciendo un contraste con los mecanismos alternativos efectivos con que cuenta

el Estado colombiano para reducir la corrupción, por lo que faltó efectuar un análisis de compatibilidad en relación al uso de mecanismos que restringen derechos políticos por parte de autoridades judiciales que no tienen competencia penal, como es el caso de la pérdida de investidura o la nulidad electoral, por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cabeza del Consejo de Estado, en calidad de autoridad judicial que sin ostentar carácter penal, controla las actuaciones administrativas.

Así las cosas, en virtud de esta propuesta la Procuraduría General de la Nación conservaría la función de investigación en contra de todos los servidores públicos del orden administrativo, en tanto que el Consejo de Estado, a través de su Sección Segunda, sería el encargado de imponer la sanción correspondiente. Lo cual aunque suene o parezca descabellado, podría ser acertado y ha sido ratificado por grandes autores y exponentes del derecho disciplinario en Colombia, como el Doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau (2020), quien en escrito informal dado a conocer el día 18 de agosto de 2020, expresó su conformidad con la actividad juzgadora y sentenciadora por parte del juez de lo contencioso administrativo en materia disciplinaria, para efectos de reforzar la necesidad dogmática y jurídica separar los roles de investigación y judicialización del juzgamiento disciplinario.

Así pues, esta posición formulada, amparada y reconocida en maestros del Derecho Disciplinario Colombiano, como David Roa y Carlos Duarte (citados por Gómez Pavajeau, 2020), señalan que la Procuraduría General de la Nación, en cumplimiento de las garantías convencionales para restringir derechos políticos solo por parte de autoridades judiciales con competencia penal, podría ostentar la facultad de investigar a los servidores públicos de elección popular ante jueces administrativos, bajo un sistema

mixto de escrituralidad-oralidad; posteriormente sería la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la que podría llevar a cabo la fase de juicio oral e imponer la sanción en contra de esta tipología o categoría de servidores públicos; y siendo la segunda instancia, la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito, para garantizar la competencia penal cuando se apelación se trate, en cumplimiento de la doble conformidad por parte de una autoridad con tal connotación.

En el caso del suscrito investigador, se considera que esta propuesta de separación de la fase de investigación respecto de la de sanción disciplinaria, por una parte, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación y por otra en cabeza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es acertada y ya había sido tanto reconocida como avalada en un escrito del presente autor (Mondragón, 2020), donde se expuso:

No obstante, también puede avizorarse como propuesta viable para nuestro ordenamiento, la separación de la función investigadora de la función sancionatoria en materia del derecho administrativo disciplinario. De tal forma que la función de investigación quedaría en manos de las autoridades a las que constitucional y legalmente se les ha conferido o atribuido el ejercicio de la potestad disciplinaria, al tener siempre presente que el poder preferente para investigar lo tendría la Procuraduría General de la Nación, como órgano de control disciplinario superior. En tanto que la función sancionadora quedaría en manos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que tiene como cabeza al Consejo de Estado, en calidad de máxima autoridad judicial de lo contencioso administrativo, con lo que se garantizaría la independencia e

imparcialidad objetiva en los procesos disciplinarios, como lo proponen también algunos autores, como Fabio Humar Jaramillo (2018) y Mauricio Barón (2011) en el marco del diseño de un sistema acusatorio adecuado para el derecho administrativo disciplinario (p. 119).

Esta postura encuentra asidero también en el estándar interamericano relacionado con la doble conformidad, la cual permite que toda decisión condenatoria pueda ser impugnada antes de que la misma adquiera la cosa juzgada, siempre que el recurso no implique la realización de un nuevo juicio:

Sea resuelto por un juez o tribunal de superior jerarquía distinto al que profiere la condena (...) sea resuelto por un juez natural, es decir, competente, imparcial e independiente y con la legitimidad para resolver el caso, sea eficaz (...) para lo cual debe ser posible revisar los hechos, las pruebas y la calificación jurídica (Roa & Duarte, 2019, p. 43).

Los criterios o requisitos para que proceda la doble conformidad se predicen ostensiblemente respecto de una autoridad con competencia judicial para resolver asuntos de tipo disciplinario, en aras de otorgar “mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brindar mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado” (Roa & Duarte, 2019, p. 43), lo cual en Colombia se cumpliría si es el Consejo de Estado, el que a través de su sección segunda decidiera sobre los recursos de apelación o impugnaciones en materia disciplinaria, en lugar de fungir como un controlador de las decisiones que se profieren al respecto en sede administrativa, por cuanto además la revisión de legalidad de las sanciones disciplinarias por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “no satisface las exigencias de la doble conformidad, pues

se ejerce cuando la sanción disciplinaria se encuentra en firme y los derechos lesionados” (Roa & Duarte, 2019, p. 52), de manera autónoma e independiente del proceso disciplinario que deviene de una sede administrativa, la cual es completamente distinta a la judicial.

Empero lo anterior, otra propuesta adicional viable en materia de sostenibilidad fiscal que implicaría no judicializar la Procuraduría General de la Nación en su fase de investigación y no asignar por medio de acusación la competencia de sanción a la Sección Segunda del Consejo de Estado, es mantener la actual Jurisdicción Disciplinaria en cabeza de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial con sus Seccionales, pero integrando en su modelo la función administrativa disciplinaria, para garantizar el alcance judicial de las decisiones derivadas de la misma. De manera que, la actual Procuraduría General de la Nación junto con sus entidades delegadas, conservarían la función de investigación, pero elevarían la acusación por la comisión de la presunta falta disciplinaria ante la Jurisdicción Disciplinaria, para que sea esta última la que garantice la judicialización de las decisiones disciplinarias.

Esto se reduciría a la integración de la función administrativa disciplinaria con la función jurisdiccional disciplinaria, pero aclarando que no se trata de una unificación de las dos funciones, sino de una articulación con respeto de la autonomía administrativa, presupuestal y financiera de cada una de las entidades, donde la Procuraduría General de la Nación conservaría su estructura como órgano de control de carácter administrativo pero solo se limitaría a investigar las faltas disciplinarias que cometan los servidores públicos del orden administrativo; en tanto que las Comisiones Nacionales de Disciplina Judicial, así como sus Seccionales entrarían a adoptar la decisión disciplinaria con

carácter judicial. Lo cual tendría cabida perfectamente a la luz del sistema disciplinario jurisdiccional actual, para cumplir de forma amplia con las garantías convencionales no solo en relación con servidores públicos de elección popular, sino en relación con los servidores públicos en general.

Sin embargo, a pesar de contar con una afinidad en relación con dicha propuesta, existe solo una adhesión parcial a la misma, como quiera que desde el año 2016, el suscrito investigador ha venido planteando, e incluso sosteniendo la necesidad de consolidar, una propuesta menos dubitativa y más decisiva o determinante al respecto, cuando a partir de un estudio sobre los límites al control judicial de fallos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación adelantada desde el año 2013, se dijo de una forma más matizada, pero contundente y coherente lo siguiente:

(...) El Principio del Juez Natural en materia disciplinaria encierra como rasgo distintivo o propio la existencia de una autoridad administrativa que tiene a su cargo el ejercicio de la potestad sancionatoria; la cual a su vez puede ser secundada, complementada o regulada por una autoridad judicial, cuando se promueve un control respecto de sus decisiones. Así pues, como consecuencia de la actividad disciplinaria se puede derivar el ejercicio de una función judicial, concretada en la revisión de los actos administrativos sancionatorios por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a partir del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. En ese sentido, si bien las decisiones disciplinarias pueden quedar en firme dentro de la sede administrativa, es claro que su ejecución puede quedar suspendida hasta tanto se profiera el fallo judicial que revoque o confirme la sanción impuesta al servidor público; por lo que **una propuesta a**

primera vista sería la de consolidar de forma unívoca la figura del Juez Natural Disciplinario, en una autoridad judicial, preexistente, independiente e imparcial de los demás órganos, entidades e instituciones públicas, dentro de la organización estatal colombiana, para obviar la revisión de la sanción disciplinaria en sede judicial, como ocurre actualmente.

(...) En aras de garantizar una efectiva doble instancia administrativa dentro de los procesos disciplinarios promovidos contra Servidores Públicos, podría pensarse en la viabilidad de **sustraer la función disciplinaria atribuida constitucionalmente a la Procuraduría General de la Nación, para asignarla a las mismas entidades públicas o autoridades administrativas**, de tal manera que se surtan los correspondientes recursos de reposición, ante el mismo funcionario que expidió el acto administrativo sancionador; y de apelación, ante el nominador o superior jerárquico inmediato de quien expidió el fallo disciplinario.

(...) En relación con el control de legalidad a los fallos disciplinarios, vale la pena destacar que una sugerencia válida para garantizar la doble instancia judicial al interior de dichos procesos, es asignar como primera instancia competente para conocer de las decisiones sancionatorias emanadas por el Procurador General de la Nación, a la Sección Segunda del Consejo de Estado, y en segunda instancia a la Sala Plena del Consejo de Estado; como primera instancia de los fallos de destitución e inhabilidad general, suspensión e inhabilidad especial, multa y amonestación, proferidos por autoridades distintas al Procurador General de la Nación del orden nacional o departamental, a los Tribunales Administrativos, y en segunda instancia al

Consejo de Estado, sin importar su cuantía o el carácter de la sanción; y como primera instancia de los todos los fallos disciplinarios, emanados por autoridades disciplinarias del orden municipal, a los Jueces Administrativos, y en segunda instancia a los Tribunales Administrativos
(Negrita y subrayado fuera de texto) (Mondragón, 2016, p. 151 a 153).

Conforme lo previamente expuesto, en esta instancia de madurez investigativa se ratifica la última propuesta de la cita extensa anterior, pero se adiciona que debe estimarse conveniente la reforma constitucional para separar la función de investigación respecto de la de sanción disciplinaria, en cabeza de dos autoridades que integrarían el poder judicial, como se explica mejor a continuación:

La Procuraduría General de la Nación, al no formar parte de los órganos que en su esencia integran la administración de justicia, su calidad de juez natural en los procesos disciplinarios adelantados contra servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas en el orden administrativo se reconoce de manera restringida, aunque cuente con competencia otorgada por la Constitución como órgano de control preexistente, independiente e imparcial para tal efecto. Dado que en su estructura fue creada como una autoridad independiente de las demás ramas del poder público; pero con naturaleza administrativa en sus decisiones por tratarse de un órgano de control.

Esto ameritará próximamente la realización de una reforma constitucional que reestructure esta institución como un órgano jurisdiccional que garantice la naturaleza judicial de sus decisiones y, por ende, evite los cuestionamientos que se hagan en torno al ejercicio de la potestad

administrativa disciplinaria. (Negrita y subrayado fuera de texto) (Mondragón, 2020, p. 119).

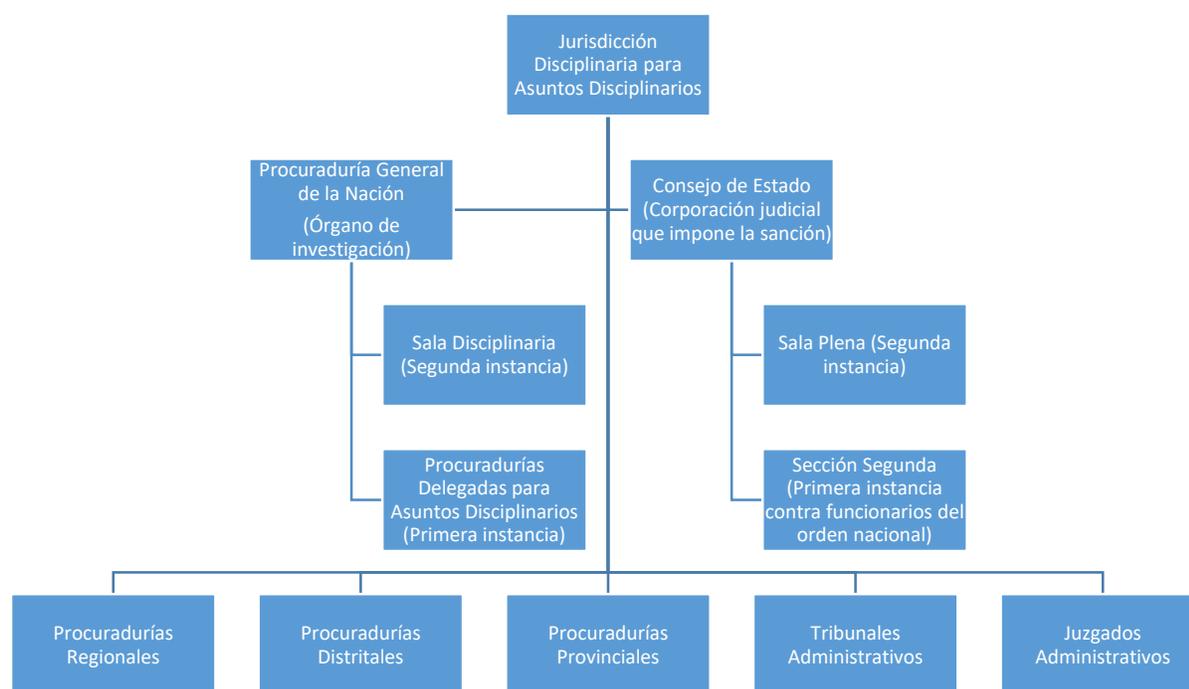
Lo inmediatamente anterior, se encuentra parcialmente en consonancia con lo afirmado por Espinosa (2020), quien en su calidad de jurista experto en la materia y miembro de la comisión redactora del nuevo Código General Disciplinario-Ley 1259 de 2019, sugiere dotar de funciones jurisdicciones a la Procuraduría General de la Nación, para garantizar el principio de imparcialidad en todos los procesos disciplinarios adelantados contra servidores públicos del orden administrativo; con funcionarios de carrera administrativa, sin que el Procurador General de la Nación tenga incidencia en primera y segunda instancia al interior de los procesos disciplinarios; y aplicando la división de roles de investigación y juzgamiento al interior de la misma entidad, en aras de no llevar traumatismos a la rama judicial.

En ese orden de ideas, una u otra propuesta, conllevaría a una reestructuración total del modelo la función administrativa disciplinaria en Colombia, bien sea desde la asignación de funciones jurisdiccionales con separación de roles de investigación y juzgamiento a la Procuraduría General de la Nación en materia disciplinaria; o como lo plantea el suscrito investigador, a partir de la creación de dos entidades disciplinarias distintas con competencia judicial, donde una sea la encargada de investigar las faltas disciplinarias de todos los servidores públicos del orden administrativo; en tanto que la otra sea la encargada de fallar o adoptar las decisiones disciplinarias propiamente dichas, en contra de tales servidores públicos. De manera que, se sustraiga la función tanto de investigación como de sanción a la Procuraduría General de la Nación y se asignen las mismas a una Jurisdicción Disciplinaria Especializada, con funciones duales,

de investigación a cargo de un órgano instructor y de sanción a cargo de una autoridad judicial.

Los esquemas que resumen las tópicas expuestas anteriormente, en el marco de lo que sería el ideal de un sistema disciplinario actual para Colombia es el siguiente:

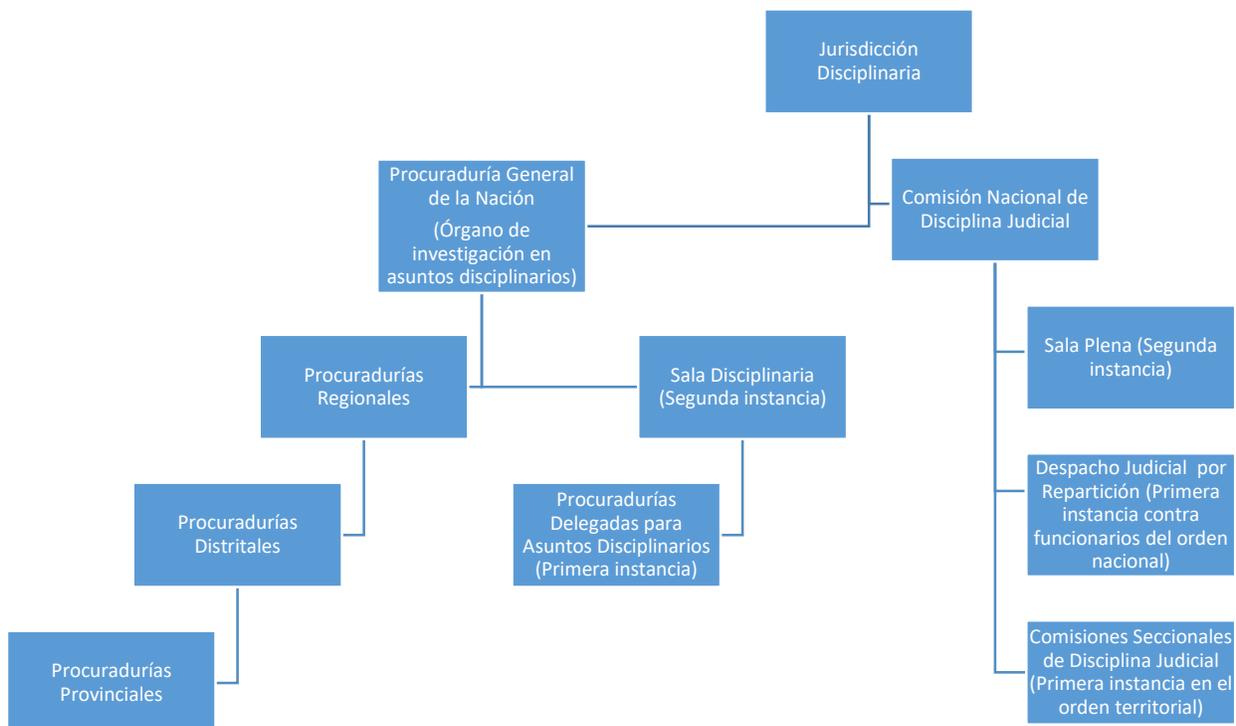
Figura 6. Tópica 1. Judicialización parcial o moderada de la función administrativa disciplinaria en Colombia bajo el esquema de repartición de funciones de investigación y sanción, en autoridad administrativa y judicial, con concentración de la función sancionatoria en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.



Fuente: Propia

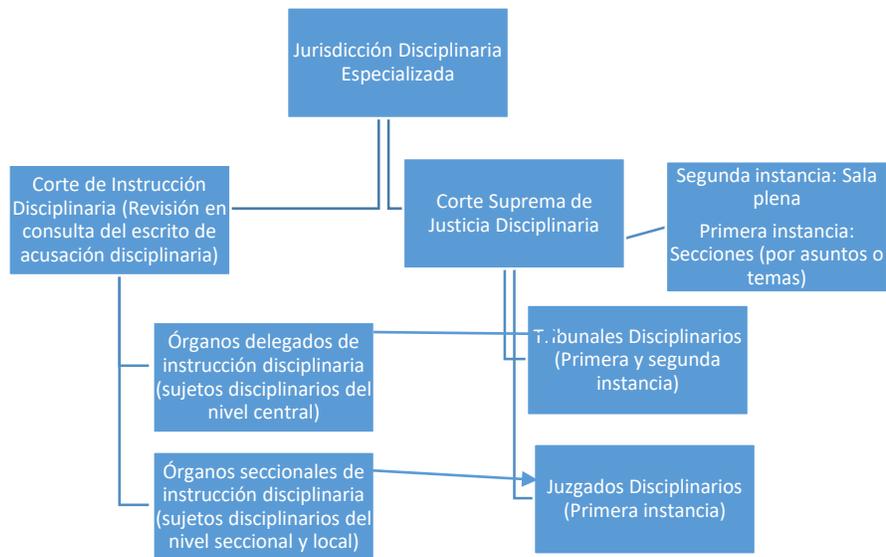
Figura 7. Tópica 2. Judicialización moderada de la función administrativa disciplinaria en Colombia bajo el esquema de repartición de funciones de investigación y sanción, en

autoridad administrativa y judicial, con concentración de la función sancionatoria en la Jurisdicción Disciplinaria Actual.



Fuente: Propia

Figura 8. Tópica 3. Judicialización plena o total de la función administrativa disciplinaria en Colombia bajo el esquema de distribución de funciones investigativa y sancionatoria en autoridades judiciales que concentran e integran el ejercicio de la potestad disciplinaria.



Fuente propia

Estas propuestas de judicialización de la función administrativa disciplinaria en Colombia representan un respeto por las institucionalidades y la protección de las garantías procesales desde el garantismo judicial que siguen y avalan distintos juristas o doctrinantes del Derecho, como Juan Carlos Cassagne, Luigi Ferrajoli, Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, que fueron citados a lo largo del presente texto.

De manera que si bien los esquemas presentados con base en unas ideas argumentativas claras para algunos pueden ser idealistas, para otros como en el caso del suscrito investigador, reflejan una posición dinámica y visionaria de lo que se espera que sea una verdadera consolidación de Estado Social de Derecho que pregone por el

respeto a la democracia, los derechos de sus pobladores y la autodeterminación de los pueblos diversamente socioculturales, pero también la protección de las instituciones y de las garantías procesales que soportan la exigencia de cumplimiento de los deberes en un ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en relación con la nueva Ley 2094 del 29 de junio de 2021, se tiene que el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar a todos los servidores públicos, incluidos los de elección popular, sigue siendo inconvencional, a pesar de consagrarse la división de roles al interior de la institución para garantizar la transparencia, imparcialidad e independencia de la función disciplinaria.

Lo anterior, toda vez que a pesar de consagrarse una estructura dual al interior de dicho órgano de control, se tiene que la autoridad en sí misma sigue siendo la misma, e incluso a pesar de contar con potestades jurisdiccionales, su naturaleza sigue siendo administrativa, por lo que no será posible cumplir con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proferido el pasado 08 de julio de 2020 en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, como quiera que la Alta Corte Internacional lo que ordenó fue adecuar el ordenamiento jurídico colombiano para que servidores públicos de elección popular sean sancionados disciplinariamente por autoridades judiciales con competencia penal, en el marco de las garantías convencionales que le asisten exclusivamente a los operadores judiciales dentro de sus potestades.

En ese sentido, vale la pena recordar nuevamente que en el fallo del Consejo de Estado proferido en el caso de *Piedad Córdoba contra la Procuraduría General de la Nación*, se afirmó que la Procuraduría General de la Nación es una autoridad

administrativa que carece de autonomía, imparcialidad e independencia porque su estructura es jerárquica, piramidal y escalonada, a diferencia de los Jueces de la República, que en el marco de su autonomía, independencia e imparcialidad con sujeción a ciertos criterios de precedente judicial, pueden adoptar decisiones sin la intromisión de un superior o un tercero que desborde sus competencias en el ejercicio de la función de administrar justicia.

Es por esta razón que se reitera e insiste en que la autoridad que debe sancionar a todos los servidores públicos, incluidos los de elección popular, debe ser de carácter judicial, con todas las garantías convencionales y el rigor que impone, amerita o demanda la autonomía judicial, lo cual sería viable a través de una Jurisdicción Disciplinaria Especializada en estos asuntos, con división de roles, así como ocurre en el proceso penal, cuando se diferencia el papel que cumple la Fiscalía General de la Nación, como ente acusador; y los Jueces Penales, Tribunales en Sala Penal y Corte Suprema de Justicia Sala Penal, quienes cumplen el rol de condena.

Así las cosas, no es viable que haciendo uso de instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004) se perpetúe a una institución que si bien obedece a múltiples mandatos constitucionales imperantes, como el de desplegar la función disciplinaria en contra de servidores público o particulares que cumplan funciones públicas, en su estructura sigue siendo una autoridad de carácter administrativo, la cual con o sin funciones jurisdiccionales, no goza de las mismas atribuciones que un operador judicial, máxime cuando sus decisiones no hacen tránsito a cosa juzgada y pueden ser impugnadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De esta manera, lo más sano es que sea una autoridad judicial la que sancione a servidores públicos, incluidos los de elección popular; así como ocurre con los abogados, jueces y fiscales, que son sancionados por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial o sus Seccionales; o los servidores públicos de elección popular, quienes pueden perder la calidad de tal, en manos de los Jueces Administrativos, Tribunales Administrativos o Consejo de Estado, por medio de la nulidad electoral o la pérdida de investidura, sobre todo esta última que conlleva la muerte política de quien ostentaba el cargo de elección popular, e impide su elección posterior en algún cargo de elección popular para toda la vida.

En razón de lo anterior, solo resta decir que si bien Colombia puede estar lejos de constituir una Jurisdicción Disciplinaria Especializada en Asuntos Disciplinarios con uniformidad de garantías judiciales, en el marco integrador de un modelo disciplinario jurisdiccional que separa la fase de investigación respecto de la fase de sanción, la finalidad de investigaciones como ésta es la de ratificar que el derecho a la doble conformidad y a la doble instancia, para recurrir o impugnar las decisiones disciplinarias ante un superior jerárquico en sede judicial por parte de los servidores públicos o particulares que cumplan funciones públicas, debe ceder frente a las garantías procesales de seguridad jurídica, confianza legítima, tutela judicial efectiva y cosa juzgada material que pueden ofrecer en mejor forma las institucionalidades fundadas en autoridades unívocas investidas de facultades judiciales para ejercer las potestades disciplinarias.

Así pues, si se observa con claridad, el ideal de la prevalencia del interés general sobre el interés particular no está en favorecer a un colectivo minoritario integrado

conjuntamente por categorías de una misma especie de sujetos que gozan de una relación de especial sujeción, sino de organizar las institucionales de un Estado en el marco de unas garantías jurídicas apropiadas para que se puedan impartir decisiones más justas y acordes con el modelo de Estado, que como el Colombiano, está inspirado en el sistema unitario pero con descentralización territorial, que privilegia la autodeterminación de los pueblos pero con el goce de garantías institucionales oportunas, adecuadas y no utilitaristas o burocráticas que sacrifiquen la impartición autónoma, independiente, transparente, imparcial, recta y eficaz de administración de justicia.

5.4 Reflexiones finales de capítulo

Como bien se expuso en apartes o acápites previos del presente capítulo, las arbitrariedades administrativas solo pueden conjurarse a partir de un efectivo control de legalidad de las actuaciones que ejercen los operadores disciplinarios adscritos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por medio del garantismo judicial.

En ese sentido, es clara la necesidad de especialidad de la función administrativa disciplinaria en cabeza de autoridades especializadas, con experticia y conocimiento específico en la materia, a diferencia de lo que ocurre o se predica por ejemplo, respecto de investigaciones disciplinarias adelantadas y sanciones disciplinarias impuestas al interior de la Fuerza Pública, donde varios operadores disciplinarios carecerían de las calidades e idoneidades que inciden o afectan la aptitud profesional para ejercer tales funciones en sentido material, toda vez que al interior de dicha institución los mismos no se requieren ser abogado para ostentar la calidad de gestor u operador disciplinario, ni mucho menos contar con Especialización en esta área del derecho.

Por otra parte, la politización de las elecciones y nombramientos de los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación aunada al carácter supranacional de la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 08 de julio de 2020 en el caso Gustavo Petro vs. Colombia, ausculto la falta de competencia que tiene la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a servidores públicos, especialmente a los servidores públicos de elección popular.

Esta última postura internacional, sumada a la posición de exigencia del control pleno e integral de los actos administrativos disciplinarios adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en virtud de la cual puede sustituir, corregir, modificar, alterar, o revocar total o parcialmente el contenido de las sanciones disciplinarias expedidas por la Procuraduría General de la Nación, en virtud de la autonomía, independencia, imparcialidad y judicialidad que le asiste a dicha corporación judicial, obliga a generar una reforma constitucional de la estructura de la Procuraduría General de la Nación, como un simple órgano de control de carácter administrativo, que en virtud de la potestad sancionadora conferida por el Artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, puede investigar y sancionar disciplinariamente a los servidores públicos, incluidos los de elección popular.

De esta manera, en principio el suscrito autor había concebido la posibilidad de que cada entidad pública contara con su propia oficina de control interno disciplinario o autoridad competente al respecto, la cual debería adelantar la investigación disciplinaria. Posteriormente el resultado de la actuación adelantada en la fase de investigación debería ser remitida al Juez de lo Contencioso Administrativo para que procediera a recepcionar las audiencias que van desde la rendición de descargos, la práctica de

pruebas, hasta la audiencia de fallo, donde se impondrá o no la sanción respectiva. De esta manera, se evitaría la continuidad de problemas de jurisdicción y competencia en materia administrativa disciplinaria, para dar paso a un sistema acusatorio, donde se dejará clara siempre la competencia de investigación y sanción, que permitiese determinar fácilmente en cada caso concreto el juez natural que tiene la competencia en primera y segunda instancia para investigar y sancionar cualquier servidor público o particular que cumpla funciones públicas.

Incluso, en la práctica podría decirse que la solución más mediática, oportuna y sostenible fiscalmente que se asume para dirimir el conflicto del juez natural al interior de los procesos que se adelantan en virtud de la función administrativa disciplinaria, con ocasión del control pleno e integral a los fallos disciplinarios ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y también para dar cumplimiento a los estándares, parámetros o garantías convencionales en las sanciones disciplinarias, ordenadas tanto por la Convención Americana de Derechos Humanos como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las decisiones disciplinarias, es la contenida en la siguiente alternativa:

- La Procuraduría General de la Nación, como órgano de control disciplinario, de carácter administrativo, con potestad preferente para adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones del caso respectivas a servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas, de conformidad con lo señalado en el numeral 8 del Artículo 277 de la Constitución Política de 1991, tendrá sólo la competencia para investigar la comisión de faltas disciplinarias desplegadas de forma cierta o presunta por todos los sujetos

disciplinables del sector público, en cada uno de los niveles municipales, departamentales, distritales o nacionales, dependiendo por supuesto del alcance de esta autoridad estatal a partir de la figura de la delegación y de la desconcentración en los órdenes General, Regional o Provincial. De esta manera sólo quedaría en manos de esta autoridad, la facultad para investigar a los servidores públicos o particulares que cumplan funciones públicas en todo el país, sin distinguir su calidad, origen o naturaleza del cargo.

- Posteriormente, dicho órgano de control se encargará de formular la correspondiente acusación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, enmarcada en las diferentes autoridades con que cuenta dentro de sus distintos niveles, bien sea, Jueces Administrativos, Tribunales Administrativos y Consejo de Estado-Sección Segunda, los cuales tendrá la competencia para asumir el proceso que conducirá a la sanción disciplinaria de los servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas, así como ya la tiene para efectos de restringir derechos políticos, mediante las figuras de pérdida de investidura y nulidad electoral, en las Secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado.

No obstante, dada la especialidad que ha adquirido el derecho disciplinario desde su naturaleza autónoma e independiente de otras áreas del derecho, aunada a la necesidad de mitigar la amplia dispersión de autoridades administrativas disciplinarias y de contar con gestores y operadores disciplinarios idóneos, competentes y asignados para el conocimiento de casos concretos o específicos en la materia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, fue que se concibió mantener en la segunda

propuesta a la Procuraduría General de la Nación y sus entidades delegadas a nivel nacional, regional y provincial con funciones de investigación disciplinaria; y en la tercera y última propuesta a un órgano de instrucción especializado en asuntos disciplinarios que garantice la doble instancia respecto de la acusación que se harán ante los Jueces, Tribunales o Corte Suprema de Justicia Disciplinaria, respectivamente para cada caso.

Lo anterior, fundado en el respeto por las garantías fundamentales, sustanciales y procesales de los investigados y sancionados disciplinariamente, especialmente las que conciernen a la seguridad jurídica, confianza legítima, tutela judicial efectiva y cosa juzgada material, e inspirado en el marco de la perpetuidad, la sostenibilidad, el decoro, y la recuperación de la confianza y el respeto de la institucionalidad pública en órganos autónomos, independientes, transparentes, imparciales y competentes que tengan a cargo el ejercicio oportuno, adecuado y eficiente de la función administrativa disciplinaria en todo el país, por medio del garantismo judicial que se requiere acoger o adoptar de forma necesaria para mitigar las arbitrariedades administrativas y ofrecer un correcto acceso a la administración de justicia en el ámbito del derecho disciplinario.

Vale la pena destacar finalmente que el último modelo de propuesta planteado, sería de gran utilidad para su adopción en un modelo de judicialización de la función disciplinaria en España, como quiera que a pesar de no tener instituida en la actualidad una autoridad disciplinaria con poder preferente como si ocurre en Colombia, si cuenta con una estructura de órganos y funcionarios que adelantan la investigación y el juzgamiento de las faltas disciplinarias contra los empleados públicos.

De esta manera, también sería indispensable que en aras garantizar los derechos convencionales, como se viene solicitando en el caso del exmagistrado Baltasar Garzón

(Pérez, 2021), sea una autoridad distinta al Tribunal Supremo Español, el que impone la sanción contra este tipo de servidores judicial, máxime cuando el modelo de la judicialización de la función disciplinaria acogido en esta propuesta para Colombia, divide la Corte de Instrucción respecto de la Corte de Juzgamiento para todos los casos de investigación y sanción de las faltas disciplinarias cometidas por servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas.

Por último, es claro que España al igual que Colombia, viene padeciendo la misma necesidad de contar con autoridades especializadas en materia disciplinaria, que cumplan roles distintos de instrucción y juzgamiento, para garantizar la autonomía, independencia e imparcialidad en sus procesos, por lo que aunado al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gustavo Petro vs. Colombia, se puede sumar el dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso Baltasar Garzón vs. Tribunal Supremo Español (El Mundo, 2021), que obligará al Ministerio de Justicia a estudiarlo para verificar si en el proceso disciplinario adelantado contra el exservidor judicial se satisficieron o cumplieron todas las garantías procesales, como el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la revisión de condena y la pena

Este tipo de revisiones y condenas en contra de los Estados, como se expresó a lo largo del presente opúsculo, conducirá a ratificar que el cumplimiento de garantías judiciales y convencionales, deben ofrecerse también el derecho disciplinario bajo la naturaleza estricta de un sistema judicial garantista de tipo especializado con autonomía, independencia e imparcialidad de los funcionarios que tienen a cargo la labor tanto de instrucción como de juzgamiento, inserto en modelos como el propuesto por el suscrito autor en esta tesis.

Conclusiones finales

Los principios del derecho disciplinario tanto en Colombia como en España denotan una amplia regulación, sobre todo en el ordenamiento jurídico colombiano, donde la principialística encuentra un mayor asidero o abordaje en cuanto a las particularidades sustanciales y procesales que le podrían ser aplicables a cada proceso disciplinario.

En ese sentido, el ordenamiento jurídico colombiano desde la naturaleza jurídica autónoma e independiente que representa el derecho disciplinario, en especial lo que se conoce como el derecho administrativo disciplinario, se destaca la aplicación de principios básicos en su estructura consagrados en la actualidad dentro de la Ley 734 de 2002, pero que prevén su sustitución a partir del 01 de julio de 2021 con la entrada en vigencia del Código General Disciplinario-Ley 1952 de 2019, como son la ilicitud sustancial, el derecho a la defensa, el debido proceso, la investigación integral y la cosa juzgada, los cuales si bien cuentan con relatividades en su aplicación, pueden acarrear nulidades por su incumplimiento, lo cual dependiendo de la ilicitud o no de las actuaciones, podrían lograr o no su saneamiento o convalidación dentro del proceso disciplinario.

Así mismo, en relación con el derecho disciplinario español, se observa una concreción de principios reguladores de la potestad disciplinaria desde el Real Decreto Legislativo 5 del 30 de octubre de 2015, el cual consagra la exigencia de legalidad y tipicidad de las faltas y las sanciones, de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor de la ley disciplinaria, de proporcionalidad de las infracciones y sanciones en su aplicación, de culpabilidad, a título de dolo o culpa, debidamente demostrada por la falta

cometida a través de la conducta desplegada, y de la presunción de inocencia que debe ser desvirtuada por el operador disciplinario, quien tiene a su cabeza la carga de la prueba para comprobar que el sujeto disciplinable es en efecto el autor intelectual o material de la falta disciplinaria cometida en la modalidad de muy grave, grave o leve, a título de dolo o culpa.

En lo que respecta a la estructura del derecho disciplinario en ambos países, es perfectamente claro que la connotación es distinta, pues si bien en España el derecho disciplinario se reconoce o forma parte más del derecho administrativo sancionador, en Colombia para algunos autores o expertos en la materia el mismo se integra como categoría del derecho sancionador, pero no dentro del derecho administrativo, en tanto que para otros juristas o doctrinantes se consolida como una rama autónoma e independiente del derecho, tesis que se viene acogiendo con más rigor o mayor fuerza por el sector de la doctrina, toda vez que garantiza más el respeto de las instituciones jurídicas respecto de esta área del derecho, la aplicación de las normas tanto sustanciales como procesales de una manera más plena, y el cumplimiento de las finalidades que se pretende con el ejercicio de la acción de disciplinaria, consistente en prevenir, reprimir y sancionar las infracciones cometidas hacia los deberes funcionales que comprenden la función pública, para salvaguardar sus principios, en el marco de la buena marcha u óptimo funcionamiento de la administración, por medio de una adecuada, efectiva, eficiente, eficaz, correcta y oportuna prestación de los servicios públicos, en relación con la naturaleza esencial de cada entidad, ente, órgano u organismo estatal.

Así pues, se reconocen como categorías propias del derecho disciplinario colombiano, el *ius puniendi* del Estado, la ilicitud sustancial y la relación de sujeción especial entre el servidor público o particular que cumple funciones públicas con la persona jurídica estatal; los cuales puestos en contraste con España, varían en su alcance, pues como ya se expuso previamente la naturaleza del derecho disciplinario español es más administrativa, por lo que la misma se advierte, se consagra o se prevé más dentro del derecho administrativo, que como una rama autónoma e independiente del derecho.

De esta manera, es claro que tanto el *ius puniendi* estatal como la relación de sujeción especial están presentes en el derecho disciplinario español, pero la ilicitud sustancial como principio rector de la ley disciplinaria o como categoría de responsabilidad disciplinaria, no encuentra su asidero o fundamentación como tal, razón por la cual si bien se habla de protección al orden social, al prestigio y a la dignidad institucional, al igual que a las garantías de eficiencia, transparencia y legalidad de las actuaciones administrativas, como fines del derecho disciplinario, es importante resaltar que su contenido punitivo se correlaciona más con el concepto de antijuridicidad, que como ocurre en materia penal, hace una valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados que devienen de la puesta en peligro o la lesión efectiva a un conjunto de bienes jurídicos tutelados.

Ahora bien, en lo que respecta al ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria tanto en Colombia como en España, se encuentra que en Colombia la competencia disciplinaria es bastante amplia o dispersa en comparación con la española debido al conjunto de autoridades que gozan de ella en materia administrativa, como

ocurre por ejemplo con la Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas, las Oficinas de Control Interno Disciplinario, las Personerías Municipales y Distritales, la Superintendencia de Notariado y Registro, los Jefes Inmediatos de las entidades que integran la Fuerza Pública. Así pues, España se caracteriza por contar con órganos específicos en su administración central y descentralizada, incluidas las Comunidades Autónomas, para promover o adelantar el control disciplinario a sus empleados públicos, destacándose solamente para el caso de los regímenes disciplinarios especiales el caso de los miembros de la fuerza pública, quienes pueden ser investigados y sancionados disciplinariamente por los Jefes de la Policía Nacional, Guardia Civil o Fuerzas Armadas respectivamente, sin contar con el llamado poder preferente de la potestad disciplinaria, que en Colombia se encuentra por regla general en cabeza de la Procuraduría General de la Nación.

De igual forma, en relación con el procedimiento administrativo disciplinario, es claro que a pesar de las similitudes existentes entre ambos ordenamientos jurídicos, respecto de las etapas de investigación, pliego de cargos, pruebas, juzgamiento y fallo que declara o no la responsabilidad disciplinaria, se advierte la gran diferencia entre la estructura inquisitiva o unívoca del procedimiento disciplinario colombiano con la estructura más tipo adversarial o imparcial que tiene el procedimiento disciplinario español, pues en tanto en Colombia la misma autoridad que investiga es la misma que sanciona, en España se cuentan con dos fases, correspondientes a la de instrucción o investigación y a la de sanción o resolución, donde una primera autoridad se encarga de iniciar el procedimiento, formular descargos, practicar pruebas, elaborar la propuesta de resolución de acusación disciplinaria y luego de notificada, llevarla o remitirla a otra

autoridad para imponer la correspondiente sanción; en tanto que una segunda autoridad se encarga de devolver el expediente si halla irregularidades en la fase de instrucción o investigación para su corrección, o en su defecto revisa el expediente, expide la resolución que pone fin al mismo, adopta la resolución de sanción con su respectiva notificación, la ejecuta y la anota en la hoja de vida del servidor público.

De manera que, en el ordenamiento jurídico español se reconoce más la independencia e imparcialidad de la función disciplinaria en su ejercicio en relación con el colombiano, debido a la evidente separación o división de los roles de investigación y juzgamiento, los cuales se encuentran adscritos en cabeza de diferentes autoridades disciplinarias, por lo que se espera tomar como ejemplo este modelo para implementarlo a futuro dentro del ordenamiento jurídico colombiano, con garantías reales que disten del modelo actual planteado por la Ley 2094 de 2021.

En relación con el control judicial de los fallos disciplinarios proferidos tanto en Colombia como en España, se observa una similitud especial entre la adopción de criterios por parte de las altas cortes de cierre, que controlan la legalidad de las actuaciones administrativas en ambos países, entendidas éstas como el Consejo de Estado para el caso de Colombia y el Tribunal Supremo Español para el caso de España, las cuales comparten y coinciden en la posibilidad de revisar todo el expediente disciplinario de forma plena e integral, retomando cada una de las fases del procedimiento administrativo disciplinario, para que en aras de garantizar la justicia material efectiva, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva del sancionado disciplinariamente, se pueda sustituir en sede judicial la sanción disciplinaria por otra menos grave o lesiva, lo cual se viene predicando en ambos países; o en su defecto,

como ocurre en España, remitir nuevamente el expediente al órgano de control disciplinario y retrotraer la actuación disciplinaria fallida o que adolece de nulidad a la etapa procesal correspondiente, para que el operador disciplinario adopte una nueva decisión, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la prescripción dentro del proceso.

En ese sentido, retomando las consideraciones expuestas a lo largo del presente opúsculo, en especial las de los dos últimos capítulos de investigación, se aprecia que en virtud de la excesiva discrecionalidad administrativa, que tiende hacia la arbitrariedad de las actuaciones disciplinarias, es menester que las mismas se sigan validando por medio del garantismo judicial que en este momento opera por medio del control pleno e integral a los fallos disciplinarios en ambos ordenamientos jurídicos estudiados, el cual a través de un estudio minucioso y detallado de cada una de las fases procesales disciplinarias en sede administrativa, puede dar lugar a la declaratoria nulidad total o parcial de la sanción disciplinaria, con posibilidad de sustitución, variación o modificación de la misma para lograr el cometido de la acción disciplinaria, que es la de preservar los principios de la función pública y administrativa, por medio de la imposición de sanciones preventivas y correctivas justas, adecuadas y oportunas.

No obstante, como se aprecia en el último capítulo de investigación, es necesaria la judicialización de la función administrativa disciplinaria en Colombia, atendiendo a las problemáticas atinentes a la amplia dispersión de autoridades administrativas disciplinarias en Colombia; la congestión procesal en los despachos de los operadores disciplinarios; la organización jerárquica al interior de los órganos de control disciplinarios, que conllevan una subordinación directa o estricta del nominador; incidida

a su vez, por la politización de las actuaciones disciplinarias por la falta de independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función disciplinaria desde la elección política del Procurador General de la Nación y el libre nombramiento y remoción de los Procuradores Delegados, Distritales, Regionales y Provinciales; el sistema inquisitivo de la función disciplinaria, que implica la investigación y el juzgamiento por parte de una misma autoridad; y las condenas internacionales que vienen en aumento para el ordenamiento jurídico colombiano, en virtud de la falta de adecuación del proceso disciplinario, para cumplir con las garantías convencionales que exige la restricción de derechos políticos solo por autoridades judiciales, que incluso cuenten con competencia penal para el caso de servidores públicos de elección popular.

Por tal motivo, en principio es estimaría pertinente separar la función de investigación respecto de la de sanción, como ocurre en España, a través de la asignación de funciones netamente de instrucción a la Procuraduría General de la Nación o sus entidades delegadas, incluidas también las Procuradurías Distritales, Regionales y Provinciales, con retiro de la función de juzgamiento, la cual podría quedar en cabeza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o de la actual Jurisdicción Disciplinaria; o en su defecto, como se erige en la propuesta final de esta investigación, crear, constituir y consolidar una Jurisdicción Disciplinaria Especializada, que cuente con sus órganos judiciales separados en cuanto a sus roles de instrucción y de juzgamiento, e integrada por funcionarios y empleados nombrados o vinculados en carrera administrativa, que permitan garantizar de forma apta o competente, autónoma, independiente, imparcial, transparente, eficaz, efectiva y eficiente todos los principios rectores del proceso disciplinario, en especial los concernientes al principio del juez

natural, doble instancia, doble conformidad, cosa juzgada material, seguridad jurídica, confianza legítima y tutela judicial efectiva.

Lo anterior, en aras de satisfacer las garantías procesales con carácter judicial en los sujetos disciplinarios y salvaguardar la institucionalidad pública que tanto se ha visto desprestigiada y ha generado desconfianza por la politización y la mediocridad en sus decisiones; la congestión de expedientes procesales en cada una de las ramas, órganos y organismos que integran el poder público; la desorganización administrativa por centralización de procesos en función de unas autoridades específicas; la falta de aptitud o idoneidad los servidores públicos, que ejercen funciones con competencia legal pero en ausencia de la competencia material, dada especialmente por su falta de preparación académica y experiencia laboral que constituyen u otorgan la experticia temática; el incumplimiento de la normativa internacional, sobre todo en lo que respecta al no acatamiento de garantías convencionales y su consecuente imposición o asunción de condenas en relación con este tipo o concepto por parte de autoridades judiciales supranacionales; y la arbitrariedad o excesiva discrecionalidad en las actuaciones desplegadas dentro de la función estatal.

Referencias

Acosta González, M. L. (2014). El Principio de la Culpabilidad en el Derecho Disciplinario. Universidad Militar Nueva Granada.

Álvarez, P. (2012). El Principio del Non Bis In Ídem en el Derecho Disciplinario Abogadil Colombiano. Fundación Universidad del Norte.

Ámbito Jurídico. (21 de enero del 2020). Confirman nulidad de la elección de Mockus como senador, conozca todo el proceso.
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/electoral/confirman-nulidad-de-la-eleccion-de-mockus-como-senador-conozca-todo-el>

Ámbito Jurídico. (22 de febrero de 2018). La aplicación de los principios del sistema acusatorio en el proceso disciplinario.
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/penal/la-aplicacion-de-los-principios-del-sistema-acusatorio-en-el-proceso>

Ámbito Jurídico. (30 de septiembre de 2014). Consejo de Estado aclara cosa juzgada en sanciones disciplinarias.
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/consejo-de-estado-aclara-cosa-juzgada-en>

Ámbito Jurídico. (6 de enero de 2017). Por duda razonable, absuelven a abogada de suspensión de la profesión.
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/por-duda-razonable-absuelven-abogada-de>

Ardila Quiroz, Et Al. (2010). Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario de los Servidores Públicos en Colombia. Universidad Libre de Colombia.

Ardila Quiroz, L. E. (2012). Las relaciones especiales de sujeción entre el Estado y sus funcionarios. Revista Logos, Ciencia & Tecnología, 3(2), 1-13.
<http://revistalogos.policia.edu.co/index.php/rlct/article/view/163/360>

Arenas, A. (2017). El Debido Proceso en el Procedimiento Disciplinario de los Estudiantes Universitarias. Caso Universidad de Antioquia. Universidad de Antioquia.

Azula Camacho, J. (2008). Manual de Derecho Procesal (3a ed.). Editorial Temis.

Bandrés, J. M. (1994). Las Garantías Constitucionales del Procedimiento Administrativo Sancionador. Marcial Pons.

Barón, M. (2011). Las garantías fundamentales frente al proceso disciplinario en Colombia. Derecho y Realidad (18), 166-188.

Barrera Torres, N. (2015). La reafirmación de los recursos administrativos como requisito de procedibilidad en la Ley 1437 de 2011: Una posición privilegiada de la administración pública en Colombia frente a los particulares. (Tesis de maestría en derecho administrativo). Universidad del Rosario.
<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11546/Tesis%20natalia%20barrera%20final.pdf>

Bautista Sánchez, K. &. (2011). La Ilícitud Sustancial y la Tipicidad en el Derecho Disciplinario. Universidad Militar Nueva Granada.

Bellón, L. (2015). *Naturaleza Jurídico-Política de la Procuraduría General de la Nación*. Universidad Católica de Colombia.

Bernal, A. (2015). *Naturaleza Jurídica de las Decisiones Disciplinarias. Hacia la Consolidación de la Jurisdicción Disciplinaria en Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada.

Botero Díaz, J. A., Marín Vanegas, J. A., & Maury Ramírez, J. E. (2015). Alcances y límites al control de los actos administrativos de carácter disciplinario ejercido por el Consejo de Estado de Colombia. *Revista Nuevo Derecho*, 11(17), 153-174.

Brito, F. (18 de Julio de 2019). Etapas del proceso disciplinario. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/procesal-y-disciplinario/etapas-del-proceso-disciplinario>

Brito, F. (junio de 2006). Procurando45. Poder preferente Artículo 3 de la Ley 734 de 2002. Resolución 346 de 2002 de la PGN. https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/procurando_045.pdf

Bustamante, M & Palomino, D. (2018). La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile. *Revista Ius et Praxis*, 24(3), 651-692. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00651.pdf>

Cachón Villar, P. (10 de septiembre de 2006). La Doble Instancia Penal y el Recurso de Casación. *Revista Jurídica de Castilla y León* (10), 13-64. <http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/822/329/RJ10-05-P.Cachon.pdf>.

Calambas Hurtado, A. M., Gómez López, F. E., Beltrán, G. E., López Becerra, J. L., Molina Trujillo, M., Luna Meneses, M., Muñoz Muñoz, N. M., Ramírez Muñoz, R. A. (2009) Límites de la jurisdicción contencioso-administrativa en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de fallos disciplinarios. En C.A. Gómez Pavajeau & E. M. Sánchez Herrera (Ed.), *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Cano, T. (1995). Derecho administrativo sancionador. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15 (43), 339-348.

Carvajal, B. (2010). Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo. *Revista digital de derecho administrativo* (4), 7-21.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2765/2449>

Cassagne, J. (2009). El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Marcial Pons.

Castro, S. (2010). La autoridad competente para ejercitar el régimen disciplinario sobre los funcionarios o servidores públicos en España y México: Un estudio de derecho comparado. Universidad Complutense de Madrid.

Caviedes, I. (2016). *Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario en el Derecho Comparado: Colombia, España y Chile*. Universidad Militar Nueva Granada.

Clavijo Joya, F. L. (2016). *Derecho disciplinario naturaleza, alcances y limitaciones*. (Trabajo de grado de especialización). Universidad Militar Nueva Granada.
<https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/14725>.

Concepción Rayón, M. (9 de diciembre, 2014). Las diferencias para exigir responsabilidad disciplinaria a los empleados públicos son abismales entre España y Colombia. Diario Jurídico. <https://www.diariojuridico.com/las-diferencias-para-exigir-responsabilidad-disciplinaria-los-empleados-publicos-son-abismales-entre-espana-y-colombia/>

Cotino, L. (1999). Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. Revista del Poder Judicial, III (55), 291-324.

Cruzado, Raúl. (2014). Los principios constitucionales y jurisprudenciales en el ejercicio de la potestad disciplinaria de las administraciones públicas de Navarra. <https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9663/Raul%20Cruzado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cuervo López, J. A. (2014). El Principio de Igualdad en las Sanciones Disciplinarias aplicables a los conscriptos. Universidad Militar Nueva Granada.

Daza, M. (2014). La naturaleza jurídica del derecho disciplinario ¿autónoma e independiente? Actualidad Jurídica. <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/La+naturaleza+jur%C>

Defensoría del Pueblo. (2016). La Potestad Disciplinaria del Estado. <http://www.defensoria.gov.co/attachment/1804/La%20potestad%20disciplinaria%20del%20Estado.pdf>.

Delgado, M. J. (2008). La Presunción de Inocencia y la Reserva de Ley en los Procedimientos Administrativos de carácter sancionador. (J. d. Local, Ed.). Lozano Impresores S.L.L.

Díaz Ferrer, J. A., Tenuta, A. M., & Mera, M. M. (s.f). El debido proceso adjetivo y sustantivo “La regla cronológica en la garantía del Juez Natural”.
http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/diazferrer_tenuta_mera.pdf

Díaz Huertas, L. Á. (2017). La culpabilidad en materia disciplinaria desde el aspecto del dolo. Universidad Católica de Colombia.

Díaz Vásquez, R. (2015). El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia. *Justicia Juris*, 11(2), 50-57.
<http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v11n2/v11n2a05.pdf>

Díaz, F. (2016). Derecho Administrativo Sancionador. Atelier.

El Mundo (30 de agosto de 2021). Justicia estudiará el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre Baltasar Garzón.
<https://www.elmundo.es/espana/2021/08/30/612cbc52fdddf11ac8b4681.html>

El Tiempo (14 de octubre de 2020). Consejo de Estado niega demanda de 'muerte política' a Angélica Lozano. <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/consejo-de-estado-niega-demanda-que-pedia-perdida-de-investigacion-de-angelica-lozano-543258>

Espinosa, E. (05 de septiembre de 2020). Conversatorio de Derecho Disciplinario- Impacto del Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso

Petro Urrego vs. Universidad Autónoma Latinoamericana.

<https://drive.google.com/file/d/1ly9DuPNzj2311vAl3FMONegMg2j7NSJa/view>

Estrada Portales, V. (20 de febrero de 2009). Gestión Disciplinaria: Una función clave y una necesidad impostergable del trabajo gerencial, en aras de su efectividad. <http://vladycuba.wordpress.com/2009/02/20/gestion-disciplinaria-una-funcion-clave-y-una-necesidad-impostergable-del-trabajo-gerencial-en-aras-de-su-efectividad/>

Fernández Beschtedt, B. & Nosquese, L. I. (s.f.) El Control de Legalidad y el Principio de Revisión de los Actos Administrativos. <https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAAahUKEwjtp5D82obGAhUE8IAKHc9EAOs&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uba.ar%2Fgraduados%2Fponencias%2Ffernandezbeschtedt.pdf&ei=DAJ5Ve3xIYTggwTPiYHYDg&usg=AFQjCNGWf776px3NXj7Vng9BR73rTmS1dA&sig2=6tJrn96hLwyR9UPbLDVNQQ&bvm=bv.95277229,d.eXY>

Ferrajoli, L. (2012). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Doxa N° 34, 15 a 53.

Ferreira, O., & Rodríguez, L. (2015). La excepción del vínculo atenuado como instrumento de evitación de la expulsión probatoria dentro del derecho procesal penal. Defectos de inconstitucionalidad. Universidad Militar Nueva Granada.

Forero, J. (2006). Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo. Revista Diálogos de Saberes, 25, 211-238.

- Fuentetaja, J. (2007). Repositorio de la Universidad Autónoma de Madrid. Obtenido de La función pública local ante el Estatuto Básico del Empleado Público. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/664215/ADDM1_2.pdf?sequence=1
- Garberi, J. &. (2016). El Procedimiento Administrativo Sancionador (Sexta ed., Vol. I). Tirant Lo Blanch.
- Garberi, J. (2003). España, los principios del derecho procesal penal y su aplicación a los procesos disciplinarios. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 74(3-4), 861-887. Doi: <https://doi.org/10.3917/ridp.743.0861>
- García de Enterría, E. (2016). La lucha contra las inmunidades del poder. Cuadernos Civitas.
- García, L. F. (2014). Elementos de la sana crítica en el proceso civil. *Justicia* (26), 44-57.
- García Gómez de Mercado, F. (2017). Sanciones Administrativas: Garantías, derechos y recursos del presunto responsable. Comares.
- García, J. (2011). Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites. *Documentación Administrativa*.
- Gil García, L. M., García Coronado, G., & Esteban García, R. H. (2009). Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto. *Prolegómenos-Derechos y Valores*, 177-192.

Gómez Pavajeau, C. (2011). El Derecho Disciplinario en Colombia "Estado del Arte".
Derecho Penal y Criminología, 32(92), 115-154.

Gómez Pavajeau, C. A. (2009). Elementos y propuestas para el Control Contencioso
Administrativo de la Actividad Disciplinaria (1a ed.). Ediciones Nueva Jurídica.

Gómez, C. (2020). Jurisdicción Convencional. Grupo de Derecho Disciplinario-Colegio
de Abogados Disciplinarios de Colombia.

González, J. (2 de octubre de 2015). Global Politics and Law. Derogación de la Ley
30/1992 y Sustitución por 2 Nuevas Leyes para las Administraciones Públicas:
<https://www.globalpoliticsandlaw.com/2015/10/02/derogacion-ley-301992-y-nuevas-leyes-administrativas/>

González, M. (2010). La Potestad Disciplinaria de la Administración en la Aplicación del
Régimen Disciplinario de la Guardia Civil: L.O.11/1991, del 17 de junio.
Universidad Complutense de Madrid.

Guerrero, É., & Pulido, I. (2011). Falsa Motivación de las Decisiones en materia
disciplinaria.
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/3556/GuerreroSierraErikaMarcela2011.pdf;jsessionid=F849751722F727CED79796F6F32D0E5D?sequence=2>

Guillamón, J., Baraja, E. & Acale, M. (2016). Derecho Disciplinario y Seguridad Jurídica.
Universidad, Ética y Derechos (1), 83-108.
<https://revistas.uca.es/index.php/Rueda/article/view/2588>

Hernández Rueda, L. (s.f). Poder de Dirección del Empleador.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/26.pdf>

Hunter, I. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (35), 149-188.

<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n35/a05.pdf>

Indumil. (2017). Manual de Procedimientos para los Procesos Disciplinarios. Indumil Colombia.

Ingrid, C. (2016). Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario en el Derecho Comparado: Colombia, España y Chile. Universidad Militar Nueva Granada.

Instituto de Estudios del Ministerio Público. (2007). Lecciones de Derecho Disciplinario (Vol. II). Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Instituto de Estudios del Ministerio Público. (2012). Procedimiento Ordinario Disciplinario. Red de Formadores del IEMP.

<https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/Procedimiento%20Ordinario%2012.pdf>

Isaza Serrano, C. (2009). Teoría General del Derecho Disciplinario, Antecedentes Históricos, Sustanciales y Procesales. Editorial Temis.

Jiménez, L. (2018). El debido proceso y la variación de la calificación jurídica de la conducta disciplinaria. Universidad Católica de Colombia, 1-22.

Kaufmann, A. (2006). Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia.

La FM. (9 de septiembre de 2020). Corte Constitucional aceptó para estudio tutela que revive debate sobre Mockus en el Congreso.
<https://www.lafm.com.co/judicial/corte-constitucional-acepto-para-estudio-tutela-que-revive-debate-sobre-mockus-en-el>

Laporta, F. (1985). El principio de igualdad: Introducción a su análisis. Editorial Sistema, Revista de Ciencias Sociales (67), 3-31.
http://cv.uoc.edu/mat/03_001/Laporta1.htm

Lasso, J. F. (1999). Crónica de la Codificación Española. Ministerio de Justicia.
<https://books.google.com.co/books?id=DF8pFLZzr7kC&lpq=PA232&ots=XTDLSFJ0kz&dq=responsabilidad%20disciplinaria%20gubernativa%20%2B%20espa%C3%B1a&pg=PP1#v=onepage&q=responsabilidad%20disciplinaria%20gubernativa%20+%20espa%C3%B1a&f=false>

Legis. (30 de enero de 2019). Ámbito Jurídico. Régimen para particulares y notarios en el nuevo Código General Disciplinario.
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/notariado-y-registro/regimen-para-particulares-y-notarios-en-el-nuevo>

Lemus, N & Pérez, G. (2019). Teoría General del Proceso y programa analítico.
<http://www.unilibre.edu.co/pereira/images/pdf/guia-preparatoriogeneralproceso.pdf>

López Higuera, J. L. (2014) Control Judicial de las Decisiones Disciplinarias. (Trabajo de grado de maestría). Universidad Nacional de Colombia.

López Mora, M. (2013). Acerca del principio de proporcionalidad en la dosimetría de la sanción disciplinaria. Ediciones Nueva Jurídica.

López, J. (2019). Principio de favorabilidad y principio de tipicidad en materia disciplinaria en Colombia (Trabajo de grado de Especialización). Universidad Santo Tomás.

López, López, S. M., Paba López, K. A., & González, A. V. (2018). Aplicación de los principios de proporcionalidad y legalidad en el derecho disciplinario al momento de la tasación de la sanción disciplinaria para los funcionarios de la rama judicial. *Vía Inveniendi Et Iudicandi*, 129-161.

Marina, B. (2001). Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos. Lex Nova.

Marina, B. (2006). El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos. Lex Nova S.A.

Marina, B. (2020). Aspectos fundamentales de la configuración actual de la potestad disciplinaria de la Administración Pública española sobre el personal a su servicio. *Revista Derecho & Sociedad*, N° 54 (II) / pp. 7-22.

Martínez Pardo, V. J. (28 de septiembre de 2007). El recurso de casación penal como segunda instancia. http://www.porticolegal.com/int/int_Articulos.html

Mateo, L. (1993). Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez. Tomo I. *Derecho Público* (34(082) ed.). Universidad de Cantabria. <https://books.google.com.co/books?id=H1oKf9tCjDoC&pg=PA400&lpg=PA400&dq=sanciones+administrativas+%2B+publicaciones+del+real+colegio+de+espa>

%C3%B1a&source=bl&ots=g2HloZXpo9&sig=ACfU3U0W2GJ6Mo-

1G_ScDxPPAIEIHeMhDg&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjW65HizvPjAhUs2Fk

Maurino, A. (1995). Nulidades Procesales. Editorial Astrea.

Mejía, J. (2015). Derecho Disciplinario Sustancial, Especial y Formal. Ediciones Doctrina y Ley.

Merchán, G. (2016). La Prueba Ilícita en el Nuevo Código General Disciplinario. Universidad Militar Nueva Granada.

Meza, E. (2020). Coadministración disciplinaria: un nuevo poder del juez contencioso administrativo. (Trabajo de grado de maestría). Universidad Santo Tomás de Aquino-Seccional Tunja.

Mondragón, S. (2017). Límites al control judicial de fallos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación a partir de la Ley 734 de 2002. (Trabajo de grado de maestría). Universidad Santo Tomás de Aquino-Seccional Bogotá D.C.

Mondragón, S., Barreiro, J., Flórez, M. (2019). El principio del juez natural en los regímenes disciplinarios aplicables al interior de las entidades públicas y privadas en Colombia. En Chirinos, Ramírez, Godínez, Barbera y Coromoto (Ed.) Tendencias en la Investigación Universitaria (Una Visión desde Latinoamérica). Santa Ana de Coro: Fondo Editorial Universitario Servando Garcés de la Universidad Politécnica Territorial de Falcón Alonso Gamero.

Mondragón, S. (2020). El derecho administrativo disciplinario y su control judicial a la luz de la función pública. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50(132), 100-122. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n132.a05>.

Mondragón, S. (2020). El principio del juez natural en los procesos disciplinarios promovidos contra servidores públicos de elección popular en Colombia (En debates fundamentales sobre derecho disciplinario-Dirigido por Carlos Arturo Gómez Pavajeau y John Harvey Pinzón Navarrete). Ediciones Nueva Jurídica.

Mondragón, S. (2020). La responsabilidad disciplinaria de los particulares en los Consejos Superiores de la Administración (En La Responsabilidad Disciplinaria de los Particulares- Coordinado/Editado por Mario Felipe Daza Pérez). Editorial Ibáñez.

Montoya Alarcón, R. (10 de octubre de 2012). Los principios de la constitución peruana. El Blog de Derecho: <http://www.elblogdederecho.com/tag/principios/>

Mora Caicedo, E. (2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011-Decreto 01 de 1984. Editorial Leyer.

Morales, I. (2020). Recursos administrativos: qué son, tipos y plazos. <https://www.stelorder.com/blog/recursos-administrativos/>

Moreno Catena, V. M. (2007). El recurso de apelación y la doble instancia penal. *Estudios de derecho judicial* (149), 11-72.

Moreno Ortiz, L. J. (2008). El Juicio Criminal de Única Instancia y las Garantías Judiciales. Boletín N° 14 del Instituto de Estudios Constitucionales de la Universidad Sergio.

Moreno Romero, I. (2014) Las Decisiones Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación y su Control de Legalidad en la Jurisdicción. (Trabajo de grado de maestría). Universidad Nacional de Colombia.

Murillo Calderón, R. F. (2016). El control judicial que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos disciplinarios. (Trabajo de grado de especialización). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. <file:///F:/Artículo%20Disciplinario-Correcciones/MurilloCalderonReterFrancisco2016.pdf>

Negrete, G. (2018). Principio de Legalidad en el Derecho Disciplinario. Universidad Pontificia Bolivariana.

Nieto, A. (1970). Las relaciones especiales de sujeción entre el Estado y sus funcionarios. Revista de Administración Pública.

Nieto, A. (1994). Derecho Administrativo Sancionador (Segunda ed.). Tecnos.

Nieto, A. (2018). Derecho Administrativo Sancionador. Editoriales Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).

Noticias Jurídicas. (06 de 02 de 2020). Ley 29 del 12 de julio de 1998. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l29-1998.t1.html

Novoa, J. (2016). Principios de especialidad y subsidiariedad en el Derecho Disciplinario. En P. G. Nación, Estudios Jurídicos sobre el Código General Disciplinario. Aspectos Problemáticos (pág. 327). Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Obando Rojas, C. A. (2012). El Principio de Ilícitud Sustancial en los pronunciamientos del Consejo Seccional de la Judicatura en Nariño. Universidad de Nariño.

Observación General 13. (13 de abril de 1984). Comité de Derechos Humanos. Ginebra, Suiza: Naciones Unidas-Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. http://ccprcentre.org/page/view/general_comments/27800

Observatorio de Transparencia y Anticorrupción. (2018). Indicador de sanciones disciplinarias. <http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/indicador-sanciones-disciplinarias.aspx>

Oliván del Cacho, J. (1996). Procedimiento Sancionador y Estado Autonómico. Cedecs Editorial.

Oliván, J. (1997). Procedimiento Sancionador y Estado Autonómico. Cedecs.

Ordóñez, A. (2009). Justicia Disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Ortega Gutiérrez, D. (2003). Constitución Española de 1978. Universidad Rey Juan Carlos.

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=24&tipo=2>

- Ortega, J. M. & García, L. J. (2018). La presunción de inocencia en el derecho administrativo sancionador mexicano y comparado. *Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica DIKE*, 115-147. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6622311.pdf>
- Pabón, J. (2018). La aplicación práctica del principio de investigación integral en materia disciplinaria. *Universidad Católica de Colombia*, 1-33. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22691/1/INVESTIGACION%20INTEGRAL%20EN%20MATERIA%20DISCIPLINARIA.pdf>
- Parada, R., & Fuentetaja, J. (2019). *Derecho de la Función Pública*. Editorial Aranzadi, S.A.U.
- Pedraza Afanador, J. M. (2015). *El Principio de Culpabilidad en el Derecho Disciplinario Actual*. Universidad Militar Nueva Granada.
- Pemán Gavín, I. (2000). *El Sistema Sancionador Español- Hacia una Teoría General de las Infracciones y Sanciones Administrativas (Primera ed.)*. Cedecs Editorial S.L.
- Peñaranda Ramos, J. L. (2012) *El Control de la Actuación Administrativa por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (II): Procedimientos, Recursos y la Ejecución de Sentencias*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Pérez, R. & Baeza, M. J. (2008). *Principios del Derecho Administrativo Sancionador (Vol. I)*. Consejo General del Poder Judicial.

Pérez, F. (2021). El Supremo no considera vinculantes los dictámenes de la ONU como el que ampara a Garzón. <https://elpais.com/espana/2021-08-27/el-supremo-no-considera-vinculantes-los-dictamenes-de-la-onu-como-el-que-ampara-a-garzon.html>

Piesco, M. A. (2001). Algunos aspectos del derecho a la doble instancia. Sistema Argentino de Información Jurídica, 1-10. <http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf010025->

Pinzón, J. (2016). La culpabilidad en el derecho disciplinario. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Pinzón, J. (2019). La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario. Editorial Ibáñez.

Poder Judicial España. (19 de abril de 2019). Historia del CGPJ. Poder Judicial España. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Informacion-Institucional/Historia-del-CGPJ/>

Procuraduría General de la Nación. (13 de enero de 2014) Procuraduría General de la Nación confirma fallo de destitución e inhabilidad por 15 años al alcalde Mayor de Bogotá, Gustavo Petro Urrego, por irregularidades en la implementación del nuevo modelo de aseo en la ciudad de Bogotá. https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-General_de_la_Nacion_confirma_fallo_de_destituci_n_e_inhabilidad_por_15_anos_al_alcalde_Mayor_de_Bogota__Gustavo_Petro_Urrego__por_irregularidades_en_la_implementaci_n_del_nuevo_modelo_de_aseo_en_la_ciudad_de_Bogot_.news.

Procuraduría General de la Nación. (9 de septiembre de 2019). Procuradurías Delegada para la Conciliación Administrativa. Obtenido de Procuraduría General de la Nación: https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-Delegada_para_la_Conciliacion_Administrativa.page

Quintana, T. (2009). La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos. *Documentación Administrativa*, 321-359. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4239702>

Quintero, L. (2015). La aplicación de los principios de Celeridad y Debido Proceso en los Procesos de Cobro Coactivo en Colombia. Un análisis desde su naturaleza y la normatividad vigente. 2006-2015. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Ramírez Mendoza, F., Carrillo Charry, G., y Sánchez Rueda, M. (2018). Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional: Su aplicación frente a los soldados que prestan el servicio militar obligatorio y los auxiliares de policía. (Trabajo de Especialización) Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Ramírez, M. (2009). Consideraciones a la Figura Jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Ámbito Español. *Vniversitas* (118), 273-294. <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n118/n118a12.pdf>

Ramírez-Torrado, M. L., & Aníbal-Bendek, H. V. (2015). Sanción Administrativa en Colombia. *Vniversitas* (131), 107-148. doi: 10.11144/Javeriana.vj131.saec

Real Decreto Legislativo 5, «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015 (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas 30 de octubre de 2015).

Rebollo, M., Izquierdo, M., Alarcón, L., & Bueno, A. (2005). Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España - Los Derechos y las Garantías de los Ciudadanos. *Estudios Socio-Jurídicos*, 7(1), 23-74.

Restrepo Rincón, F. (2019). Acción Disciplinaria de los servidores públicos (Documento en línea). ABCES Jurídico. http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4653/1/ABCES_Accion_Disciplinaria_de_los_servidores_publicos.pdf

Restrepo, M. & Nieto, M. (2017). El derecho administrativo sancionador en Colombia. Universidad del Rosario-Editorial Legis.

Rincón, D. (2015). La investigación integral como garantía del cumplimiento de la finalidad del proceso disciplinario. Universidad Militar Nueva Granada.

Rivadeneira, S. (2021). División de roles en procesos disciplinarios adelantados por la PGN. Archivo Digital.

Roa, D. A. (2010). Construcción dogmática del derecho disciplinario. Influencia de la Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. Editorial Ibáñez.

Roa, D. (2014). El Principio de Proporcionalidad: Cortapisa al Abuso de la Potestad Disciplinaria. *Derecho Penal y Criminología*, 35(99), 139-156. Doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01210483.v35n99.06>

Roa, D. & Duarte, C. (2019). Garantías convencionales en el Derecho Disciplinario. Editorial Ibáñez.

Roa, D. & Duarte, C. (2020). La potestad disciplinaria y su régimen constitucional. Editorial Ibáñez.

Rodríguez, L. (2006). Estructura del poder público en Colombia. Editorial Temis.

Rodríguez, L. (2008). Derecho Administrativo General y colombiano. Editorial Temis.

Sampol, M. S. (2013). Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

Sánchez, E. (2020). Dogmática practicable del Derecho Disciplinario. Ediciones Nueva Jurídica.

Santamaría, J. (1998). Principios del Derecho Administrativo (Vol. I). Centro de Estudios Ramón Areces.

Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. (6 de septiembre de 1985). Asamblea General de las Naciones Unidas. Milán, Italia: Naciones Unidas-Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado.

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx>

Suárez Bohórquez, J. E. (2015). La culpabilidad disciplinaria en los fallos de la Procuraduría General de la Nación y la necesidad de su interpretación jurídica y valoración probatoria de cara al estándar de "buen servidor público". Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.

Suay Rincón, J. (1989). Derecho administrativo: La jurisprudencia del Tribunal Supremo. Centro de Estudios Ramón Areces.

Suay Rincón, J. (2019). Intervención Sanciones. Evento Académico.

Tisnés, J. (2012). Presunción de inocencia. Principio constitucional absoluto. Revista

Ratio Juris, 7(14), 53-71.

<https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/download/137/128/>

Trayter, J. &. (1995). Derecho Administrativo Sancionador: Materiales (Primera ed.).

Cedecs Editorial.

Universidad Santo Tomás. (s.f). El debido Proceso y su materialización en el Régimen

Disciplinarios para los Servidores Públicos. Principio de gratuidad de la acción disciplinaria.

http://publicaciones.ustatunja.edu.co/ebook/debido_proceso/HTML/files/assets/common/downloads/page0068.pdf.

Universidad Santo Tomás. (sf). El Debido Proceso en el Régimen Disciplinario II.

Celeridad de la actuación disciplinaria:

http://publicaciones.ustatunja.edu.co/ebook/debido_proceso/HTML/files/assets/common/downloads/page0061.pdf

Uprimny, R. (19 de octubre de 2020). Entrevista sobre Debate de Convencionalidad y

Constitucionalidad en la Sentencia Petro vs. Colombia. Universidad Externado de Colombia.

Wolters Kluwer. (s.f). Relaciones de sujeción especial. Guías Jurídicas.

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTAwMztbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAgv7CjTUAAAA=WKE

Zambonino Pulito, M. (27 de diciembre de 2012). Derecho Administrativo. Órganos Centrales de la Administración del Estado: <https://www.derecho-administrativo.com/2012/12/organos-centrales-administracion-del-estado.html>

Legislación

Archivo General de la Nación. (1991). Proyecto N° 105 de la Asamblea Nacional Constituyente. Santa Fe de Bogotá D.C.: República de Colombia: Archivo General de la Nación.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). Constitución Política de 1991. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional N° 116 del 20 de julio de 1991. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Congreso Constituyente Democrático. (29 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. Lima, Perú: Oficialía Mayor del Congreso. <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

Congreso de la República de Colombia. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Congreso de la República de Colombia. Ley 1796 de 2016. Fortalecimiento de la Función Pública que ejercen los curadores urbanos, se asignan unas funciones a la Superintendencia de Notariado y Registro y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.933 de 13 de julio de 2016.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1952 de 2019. Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario. Publicada en el Diario Oficial N° 50.850 del 28 de enero de 2019.

Congreso de la República de Colombia. Ley 2094 de 2021. Por medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 51.720 de 29 de junio de 2021. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202094%20DEL%2029%20DE%20JUNIO%20DE%202021.pdf>

Congreso de la República de Colombia. Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial N° 42.745 del 15 de marzo de 1996.

Congreso de la República de Colombia. Ley 734 de 2002. Por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único. Diario Oficial N° 44.708 del 13 de febrero de 2002.

Congreso de los Diputados. (6 de diciembre de 1978). Constitución Española. http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf

Congreso General Constituyente. (22 de agosto de 1994). Constitución de la Nación Argentina. Eduardo Menem-Edgardo R. Piuzzi-Luis A.J. Brasesco-Juan Estrada.

Santa Fe, Argentina.

<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>

Constituyente, A. N. (1991). Informe de la Sesión de la Comisión Cuarta del día 10 de abril de 1991. Bogotá D.C.: Presidencia de la República: Centro de Información y Sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente.

Constituyente, A. N. (1991). Informe de la Sesión Plenaria del día 19 de junio de 1991. Bogotá D.C.: Presidencia de la República: Centro de Información y Sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (7 al 22 de noviembre de 1969). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. San José, Costa Rica: Pacto de San José de Costa Rica. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. (4 de noviembre de 1950). Unión Europea. Roma, Italia: BOE número 243, de 10 de octubre de 1979. Obtenido de <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#a6>

Jefatura del Estado. (1 de Octubre de 2015). Ley 39 de 2015. Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Obtenido de

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565&p=20151002&tn=2>

Jefatura del Estado. (1 de octubre de 2015). Ley 40 de 2015. Régimen Jurídico del Sector Público. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf>

Jefatura del Estado. (12 de Julio de 1998). Ley 29 de 1998. Jurisdicción Contenciosa Administrativa. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l29-1998.t1.html#a10

Jefatura del Estado. (27 de noviembre de 1992). Ley 30 de 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE N° 285. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-26318>

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. (30 de Octubre de 2015). Real Decreto Legislativo 5/2015. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11719-consolidado.pdf>

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. (31 de Octubre de 2015). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11719>

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. (31 de Octubre de 2015). Real Decreto Legislativo 5. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE-Legislación Consolidada. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11719-consolidado.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 262 del 22 de febrero de 2020- Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos. Diario Oficial No 43.904 del 22 de febrero de 2000.
http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_dec_262_sp.pdf

Presidencia del Gobierno. (10 de Enero de 1986). Real Decreto 33. Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1986/BOE-A-1986-1216-consolidado.pdf>

Procuraduría General de la Nación. Resolución 207 de 2021. Por medio de la cual se delegan y distribuyen transitoriamente funciones en la Procuraduría General de la Nación, para garantizar la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia y la doble conformidad en las actuaciones disciplinarias.
<https://www.procuraduria.gov.co/portal/index.jsp?option=co.gov.pgn.portal.frontend.component.pagefactory.DocumentacionInteresComponentPageFactory>

Resolución 2200 A (XXI). (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos: Naciones Unidas-Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado. Obtenido de
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Jurisprudencia

Auto de archivo, TD-PB-171-2015 (Dirección Nacional de Veeduría Disciplinaria de la Sede, 13 de mayo de 2016).

Auto de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 2836-2016 (Consejo de Estado, 30 de marzo de 2017).

Auto Intelocutorio, 36562 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 13 de junio de 2012).

Caso 13.044 Gustavo Francisco Petro Urrego vs. Colombia (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de fondo 130 del 25 de octubre de 2017).

Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de enero de 2001).

Fallo de segunda instancia 161-3231 (Procuraduría General de la Nación, 2 de noviembre de 2006).

Opinión Consultiva OC-17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2002). http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Resolución 05415-2008-PA/TC Caso Mariano Ausberto Nacimiento Quispe (Tribunal Constitucional de la República del Perú, 9 de agosto de 2010).

Sentencia 00032 (Consejo de Estado, 31 de enero de 2018).

Sentencia 000482 (Consejo de Estado, 13 de agosto de 2018).

Sentencia 1031 (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 19 de diciembre de 2019).

Sentencia 11634 (Consejo de Estado 30 de enero de 1997).

Sentencia 136 (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 23 de febrero de 2015).

Sentencia 1430 (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 21 de diciembre de 2012).

Sentencia 2000-02501 (Consejo de Estado, 19 de agosto de 2010).

Sentencia 2002-09487 (Consejo de Estado, 12 de mayo de 2011).

Sentencia 2002-12829-03 (Consejo de Estado, 8 de agosto de 2012).

Sentencia 2004-05678-02 (Consejo de Estado, 7 de octubre de 2010).

Sentencia 2005-00113 (Consejo de Estado, 3 de septiembre de 2009).

Sentencia 2005-00582-01 (Consejo de Estado, 7 de junio de 2012).

Sentencia 2008-00072 (Consejo de Estado, 7 de abril de 2011).

Sentencia 2008-00265-01 (Consejo de Estado, 14 de abril de 2016).

Sentencia 2011-00003 (Consejo de Estado, 22 de marzo de 2012).

Sentencia 2011-00015-00 (Consejo de Estado, 5 de junio de 2014).

Sentencia 2011-00115 (Consejo de Estado, 11 de julio de 2013).

Sentencia 2011-00122 (Consejo de Estado, 11 de julio de 2013).

Sentencia 2011-00170-00 (Consejo de Estado, 30 de junio de 2016).

Sentencia 2011-00190 (Consejo de Estado, 21 de noviembre de 2013).

Sentencia 2011-00316 (Consejo de Estado, 09 de agosto de 2016)

Sentencia 2011-00571 (Consejo de Estado, 15 de mayo de 2013).

Sentencia 2011-00606 (Consejo de Estado, 19 de febrero de 2015).

Sentencia 2012-00888-00 (Consejo de Estado, 27 de febrero de 2014).

Sentencia 2013-00117 (Consejo de Estado, 26 de marzo de 2014).

Sentencia 2013-00277 (Consejo de Estado, 25 de enero de 2018).

Sentencia 2013-00296-00 (Consejo de Estado, 8 de febrero de 2018).

Sentencia 2013-01092-00 (Consejo de Estado, 17 de mayo de 2018).

Sentencia 2013-06148-01 (Consejo de Estado, 1 de agosto de 2018).

Sentencia 2014-00032-01 (Consejo de Estado, 31 de enero de 2018).

Sentencia 2014-00360 (Consejo de Estado, 15 de noviembre de 2017).

Sentencia 2014-01955-01 (Consejo de Estado, 22 de octubre de 2018).

Sentencia 2019-03079-00 (Consejo de Estado, 10 de marzo de 2020).

Sentencia 240 (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 11 de junio de 2020).

Sentencia 2841 (Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, 30 de junio de 2020).

Sentencia 3297 (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cataluña, 24 de julio de 2019).

Sentencia 3298 (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cataluña, 24 de julio de 2020).

Sentencia 3344 (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barcelona, 24 de julio de 2020).

Sentencia 394 (Consejo de Estado, 23 de agosto de 2012).

Sentencia 531 (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 26 de abril de 2013).

Sentencia 740 (Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 02 de julio de 2020).

Sentencia 905 (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 13 de noviembre de 2019).

Sentencia C-012 (Corte Constitucional, 23 de enero de 2013).

Sentencia C-013 (Corte Constitucional, 17 de enero de 2001).

Sentencia C-014 (Corte Constitucional 20 de enero de 2004).

Sentencia C-026 (Corte Constitucional 27 de enero de 2009).

Sentencia C-053 (Corte Constitucional 30 de mayo de 2018).

Sentencia C-057 (Corte Constitucional, 4 de marzo de 1998).

Sentencia C-086 (Corte Constitucional, 27 de febrero de 2019).

Sentencia C-1076 (Corte Constitucional, 5 de diciembre de 2002).

Sentencia C-111 (Corte Constitucional, 9 de febrero de 2000).

Sentencia C-1156 (Corte Constitucional 4 de diciembre de 2003).

Sentencia C-124 (Corte Constitucional 18 de febrero de 2003).

Sentencia C-125 (Corte Constitucional 18 de febrero de 2003).

Sentencia C-155 (Corte Constitucional, 5 de marzo de 2002).

Sentencia C-181 (Corte Constitucional, 12 de marzo de 2002).

Sentencia C-242 (Corte Constitucional 7 de abril de 2010).

Sentencia C-244 (Corte Constitucional 30 de mayo de 1996).

Sentencia C-252 (Corte Constitucional 25 de marzo de 2003).

Sentencia C-253A (Corte Constitucional, 29 de marzo de 2012).

Sentencia C-280 (Corte Constitucional 25 de junio de 1996).

Sentencia C-306 (Corte Constitucional 26 de abril de 2012).

Sentencia C-307 (Corte Constitucional, 11 de julio de 1996).

Sentencia C-328 (Corte Constitucional, 27 de mayo de 2015).

Sentencia C-341 (Corte Constitucional 5 de agosto de 1996).

Sentencia C-371 (Corte Constitucional, 11 de mayo de 2011).

Sentencia C-390 (Corte Constitucional, 16 de septiembre de 1993).

Sentencia C-401 (Corte Constitucional 3 de julio de 2013).

Sentencia C-401 (Corte Constitucional, 26 de mayo de 2010).

Sentencia C-417 (Corte Constitucional 26 de junio de 2009).

Sentencia C-429 (Corte Constitucional, 2 de mayo de 2001).

Sentencia C-495 (Corte Constitucional, 22 de octubre de 2019).

Sentencia C-500 (Corte Constitucional, 16 de julio de 2014).

Sentencia C-504 (Corte Constitucional, 4 de julio de 2007).

Sentencia C-591 (Corte Constitucional 9 de junio de 2005).

Sentencia C-592 (Corte Constitucional, 20 de agosto de 2014).

Sentencia C-597 (Corte Constitucional, 6 de noviembre de 1996).

Sentencia C-692 (Corte Constitucional 9 de julio de 2008).

Sentencia C-718 (Corte Constitucional, 18 de septiembre de 2012).

Sentencia C-720 (Corte Constitucional, 23 de agosto de 2006).

Sentencia C-721 (Corte Constitucional, 25 de noviembre de 2015).

Sentencia C-731 (Corte Constitucional, 12 de julio de 2005).

Sentencia C-763 (Corte Constitucional, 29 de octubre de 2009).

Sentencia C-796 (Corte Constitucional, 24 de agosto de 2004).

Sentencia C-818 (Corte Constitucional, 9 de agosto de 2005).

Sentencia C-870 (Corte Constitucional, 15 de octubre de 2002).

Sentencia C-892 (Corte Constitucional, 10 de noviembre de 1999).

Sentencia C-948 (Corte Constitucional, 6 de noviembre de 2002).

Sentencia FA75998074 Caso de Causa CXI Criminal contra Severo Chumbita. (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 4 de noviembre de 1875).

Sentencia Petro Urrego vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 08 de julio de 2020).

Sentencia RJCA/1999/4888 (Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Sala de lo Contencioso Administrativo 19 de Octubre de 1999).

Sentencia SU-1184 (Corte Constitucional, 13 de noviembre de 2001).

Sentencia SU-355 (Corte Constitucional, 11 de junio de 2015).

Sentencia T-1093 (Corte Constitucional, 4 de noviembre de 2004).

Sentencia T-1102 (Corte Constitucional 28 de Octubre de 2005).

Sentencia T-267 (Corte Constitucional, 7 de marzo de 2000).

Sentencia T-319A (Corte Constitucional, 3 de mayo de 2012).

Sentencia T-350 (Corte Constitucional, 5 de mayo de 2011).

Sentencia T-473 (Corte Constitucional, 21 de julio de 2017).

Sentencia T-530 (Corte Constitucional, 06 de agosto de 2009).

Sentencia T-561 (Corte Constitucional, 26 de mayo de 2005).

Sentencia T-678 (Corte Constitucional, 30 de Agosto de 2007).

Sentencia T-713 (Corte Constitucional, 27 de septiembre de 1999).

Sentencia T-969 (Corte Constitucional, 18 de Noviembre de 2009).

STS Contencioso-Recurso Casación, 527-1998 (Tribunal Supremo. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo 25 de Septiembre de 2003).

STS Contencioso-Recurso Casación, 5596-1999 (Tribunal Supremo-Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo 10 de Marzo de 2004).