

La reivindicación por el derecho administrativo de la potestad disciplinaria

MARÍA RAQUEL MOLINA OTERO¹

Jorge Iván Rincón, *La potestad disciplinaria en el derecho administrativo*, Buenos Aires: IJ Editores, 2018.

RESUMEN

La obra reseñada presenta un estudio sólido y novedoso dentro de la tradición jurídica colombiana sobre la potestad disciplinaria de la Administración pública, reclamando su lugar como especialidad del derecho administrativo sancionador. De esta manera, se cuestiona el mito de que exista una disciplina autónoma llamada derecho disciplinario, ubicando sus orígenes dentro del derecho administrativo, y bajo la óptica de este último introduce una lectura adecuada de los principios aplicables, las categorías dogmáticas de la responsabilidad disciplinaria y los sujetos que intervienen en el proceso. Lo anterior, sin negar la importante relación que tiene esta especialidad del derecho administrativo con el derecho penal.

Palabras clave: derecho disciplinario, derecho administrativo sancionador, responsabilidad disciplinaria, sanción disciplinaria, potestad disciplinaria.

1 Candidata a magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la misma universidad. Docente investigadora del departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: maria.molina@uexternado.edu.co. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3545-7276>. Fecha de recepción: 21 de agosto de 2019. Fecha de modificación: 15 de septiembre de 2019. Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2019. Para citar el artículo: MOLINA OTERO, MARÍA RAQUEL, "La reivindicación por el derecho administrativo de la potestad disciplinaria", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2020, pp. 361-373. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n23.13>

The assertion by Administrative Law of Disciplinary Powers

The disciplinary power in the Administrative law, by Jorge Iván Rincón. Buenos Aires: IJ Editores, 2018.

ABSTRACT

The book reviewed presents a solid and innovative study of the disciplinary power of the Public Administration in the Colombian legal tradition, claiming its place as a category of the Administrative Sanctioning Law. In this manner, it questions the myth that there is an autonomous legal discipline called Disciplinary Law, and places its origins within Administrative Law. From this perspective, its author introduces a different reading of applicable principles, the dogmatic categories of disciplinary liability and the parties involved in a disciplinary procedure. This, without refuting the important relationship of this branch of Administrative Law with Criminal Law.

Keywords: Disciplinary Law, Administrative Law, Administrative Sanctioning Law, Disciplinary Sanction, Disciplinary Power.

INTRODUCCIÓN

El libro reseñado es de suma importancia para el derecho administrativo sancionador, debido a que el autor presenta una investigación científica seria acerca de los orígenes del llamado derecho disciplinario, o mejor, de la potestad disciplinaria de la Administración, y logra desmitificar la concepción, hasta el momento predominante en Colombia², de que existe una rama del derecho independiente denominada derecho disciplinario. Siguiendo este enfoque, explica con suficiencia cómo el estudio de la potestad disciplinaria de la Administración se aborda a través del derecho administrativo, por ser una especialidad del mismo, lo cual nos permitiría realizar una lectura mucho más adecuada de las instituciones disciplinarias.

Ahora bien, no se pretende con esto negar la gran cercanía que tiene lo disciplinario con el derecho penal, la cual se explica con el origen mismo del derecho administrativo, este se ha relacionado siempre con otras ramas del derecho, los vasos comunicantes han sido siempre una constante en el ámbito

2 La posición mayoritaria puede encontrarse en ESQUIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA, *Dogmática practicable del derecho disciplinario*, Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 19-30; y en múltiples escritos de CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, entre ellos "El derecho disciplinario en Colombia. Estado del arte", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. XXXII, n.º 92, Bogotá, 2011, pp. 115-154.

administrativo. Así pues, se convierte esta obra en pionera en Colombia, al emprender el estudio de lo disciplinario desde la óptica del derecho administrativo, dado que la tradición doctrinal del país se ha decantado por proclamar la autonomía de una disciplina a la que llaman derecho disciplinario, y mirarla siempre a través del lente del derecho penal.

El autor divide su obra en siete capítulos, en los cuales analiza el origen de la potestad disciplinaria, los sujetos que en nuestro ordenamiento jurídico la ostentan, los sujetos disciplinables, las garantías procedimentales que se deben respetar en la imposición de una sanción, la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad. De este modo, es un manual de consulta ineludible en temas disciplinarios. A continuación, se examinan las principales ideas planteadas en cada uno de los capítulos.

1. LA NATURALEZA ADMINISTRATIVA DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA: ROMPIENDO EL MITO DE LA TAN ANHELADA AUTONOMÍA CREADA DESDE EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

En este primer aparte se ubica la génesis de la potestad disciplinaria del Estado en el Estado absoluto, más concretamente en los contratos de servicio fiel, ya que "a partir del vínculo de la fidelidad que se concibe la idea de la integración de un individuo en la casa del señor feudal a cambio de protección. Bajo esta lógica, el primero tenía la capacidad de definir el contenido de la relación jurídica y la capacidad de corrección en caso de presentarse algún incumplimiento"³.

Posteriormente, con la evolución de las ciudades y del contrato de servicio fiel, este modelo se replicó para las relaciones entre maestros y aprendices, y entre los municipios y quienes desarrollaban funciones para estos. Comenta el profesor Rincón que en las primeras relaciones se destacaba la subordinación como elemento esencial y, en las segundas, la jerarquía. y agrega que "el derecho disciplinario surge como una consecuencia natural de haber comenzado e incluso instaurado en algunos reinos la prohibición de desvincular libremente a los funcionarios públicos"⁴. Así pues, resulta innegable reconocer que la potestad disciplinaria guarda una estrecha relación con la organización administrativa y con lo que se conoce como el ámbito doméstico de la misma. En nuestro recuento de la evolución histórica, la potestad de disciplinar a sus funcionarios resulta ser un aspecto de suma importancia dentro de la

3 JORGE IVÁN RINCÓN, *La potestad disciplinaria en el derecho administrativo*, Buenos Aires: IJ Editores, 2018, p. 49.

4 *Ibíd.*, p. 50.

organización, pues asegura el correcto funcionamiento de la misma⁵. Se traza de esta manera una frontera con el derecho penal, el cual goza de una reserva de ley absoluta, en contraste con lo disciplinario, que, en principio, se considera ajeno a la intervención del legislador⁶. Aspecto que cambiará más adelante.

Del mismo modo, se enfatiza que el fundamento de esta potestad reside en la teoría de las relaciones especiales de sujeción, teoría desarrollada por el derecho administrativo. O si se quiere, incluso encuentra explicación en la teoría francesa de la relación legal y reglamentaria. Lo cual demuestra que es imposible construir una justificación teórica por fuera del derecho administrativo.

Además, se señala que ilícito y sanción son conceptos que no cambian en su esencia dependiendo de si son penales o administrativos, pues son contruidos desde la teoría general del derecho, así como las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y no son exclusivos de alguna de las ramas del mismo.

Ahora bien, el hecho de que se acuda a estos conceptos no excluye la aplicación del derecho administrativo, ni mucho menos genera autonomía en la disciplina. Otra cosa es que, como tradicionalmente ha hecho el derecho administrativo, este se sirva de los conceptos elaborados por otras ramas del derecho para aplicarlos con ciertas particularidades, a sus instituciones⁷.

Con lo anterior, aparece justificado con argumentos de peso en la obra que el llamado derecho disciplinario no es una rama autónoma del derecho, sino que es derecho administrativo, especial, como lo es el derecho administrativo ambiental, el derecho administrativo urbanístico, etc.⁸.

2. LA DIVERSIDAD DE SUJETOS QUE EN COLOMBIA PUEDEN IMPONER SANCIONES DISCIPLINARIAS

En un segundo capítulo se estudian las autoridades que en Colombia se encuentran facultadas para ejercer control disciplinario, siendo autoridades administrativas, precisamente por la función que persigue la imposición de la sanción administrativa: proteger el correcto funcionamiento de la organización. Ahora, en cuanto al control que ejercen, dependiendo de la autoridad, este variará, pues algunas ejercen un control externo, y otra uno de carácter interno. Así, por ejemplo, se explica cómo la Procuraduría tiene el poder disciplinario prevalente y preferente, pero existen además otras autoridades que

5 Ibid., pp. 53-55. Consúltese, además, RAMÓN PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo II. Organización y empleo público*, Barcelona: Marcial Pons, 2003, pp. 13-14.

6 A propósito, revítese LUIS ARROYO ZAPATERO, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 8, Madrid, 1983, pp. 9-46.

7 Remítase a los capítulos 1 y 2 de ALBERTO MONTAÑA PLATA, *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 23-121.

8 RINCÓN, óp. cit., p. 73.

gozan de la potestad y se encuentran más cercanas a los disciplinados, esto es, las personerías municipales, y las oficinas de control interno disciplinario.

Tienen en común estas diferentes autoridades administrativas que de todas se debe predicar la imparcialidad, pero dependiendo de la relación que exista entre la autoridad y el disciplinado, el control puede ser externo o interno. Se señala entonces que por mandato constitucional la Procuraduría tiene un poder prevalente y preferente, y la razón de esto obedece a que al erigir un órgano como la máxima autoridad disciplinaria "se quiere asegurar la imparcialidad en la función o, en otras palabras, se quiere la mayor objetividad posible en la toma de decisiones"⁹. Esa imparcialidad se asegura con la autonomía orgánica que ostenta la Procuraduría, al encontrarse por fuera de las tradicionales ramas del Poder Público.

El control que ejerce es entonces externo, lo cual rompe de alguna manera con el carácter interno por excelencia del control disciplinario, de la "tradicional concepción de ser una manifestación del principio de jerarquía administrativa o un uso de las posibilidades de corrección reconocidos en cabeza de quien tiene el rol de empleador público"¹⁰.

Y es por lo anterior que, aunque el poder es preferente y prevalente –se insiste, para garantizar de esta manera imparcialidad–, la regla general es que el control que se ejerza en su mayoría en nuestro país sea el interno, es decir, el efectuado por las oficinas de control interno de cada entidad. En estas últimas se materializa lo hasta el momento explicado: el control interno que ejercen es un instrumento "para asegurar el principio de jerarquía administrativa como instrumento de cohesión de las diferentes competencias que confluyen al interior de un organismo o entidad pública. En otras palabras, el *ius puniendi* encuentra su máxima justificación en la relación subordinada o de sujeción que se entabla entre el servidor público y el Estado"¹¹.

3. LA MULTIPLICIDAD DE SUJETOS DISCIPLINABLES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Los servidores públicos son entonces los sujetos disciplinables. Sin embargo, dependiendo de la categoría de servidor público, existirán algunas particularidades que merecen ser comentadas: los empleados públicos son los sujetos pasivos por excelencia de la responsabilidad disciplinaria, los trabajadores oficiales se enfrentan a una vicisitud que el autor identifica como una posible violación a un importante principio del debido proceso, y existen trabajadores del Estado que se someten al Código Sustantivo del Trabajo y por tal razón

9 Ibid., p. 79.

10 Ibid.

11 Ibid., p. 92.

se excluyen del campo de aplicación de la ley disciplinaria. Del mismo modo, serán sujetos disciplinables además algunos particulares que tengan una característica muy especial: que cumplan funciones públicas. Veamos entonces.

Los empleados públicos son los servidores públicos a los que se les aplica íntegramente el derecho administrativo, y es por esto que es natural que sean los destinatarios por excelencia de la responsabilidad disciplinaria. Son empleados públicos los que se encuentran vinculados a entidades u organismos que cumplen funciones típicas públicas, se vinculan por nombramiento y posesión, se someten íntegramente al derecho administrativo y cuyos conflictos son resueltos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Del mismo modo se agrega que por mandato constitucional la regla general debe ser el empleo público a través de la carrera administrativa.

En el caso de los trabajadores oficiales, estos, al ser servidores públicos, son sujetos disciplinables; sin embargo, se enfrentan a una vicisitud que podría ser constitutiva de una violación al principio del *non bis in ídem*, puesto que los mismos se encuentran sometidos tanto al régimen disciplinario como al laboral ordinario. Esta situación no ha sido analizada por nuestra jurisprudencia, pero a juicio del autor es claramente una violación al *non bis in ídem* por tres razones: a) existe identidad fáctica y de bienes jurídicos protegidos; b) existe identidad de causa; y c) existe identidad de objetos.

Urge entonces el profesor Rincón a la jurisprudencia colombiana a manifestarse al respecto, y le ofrece dos soluciones: a) eliminar la aplicación del régimen disciplinario laboral ordinario, al ser la legislación administrativa mucho más completa; o b) precisar que solamente se aplica el régimen laboral ordinario para comportamientos que no constituyan falta disciplinaria¹².

Adicionalmente, se resalta que hay trabajadores del Estado que no se someten al régimen disciplinario, y estos son los que se encuentran al interior de sociedades de economía mixta con capital público inferior al 90%. Estos se someten cabalmente al derecho común.

Por último, se señala que se extiende la calidad de sujeto disciplinable a algunos particulares que, sin ser servidores públicos, cumplen funciones públicas, rompiéndose así la regla general de la teoría de las relaciones especiales de sujeción. Se menciona, eso sí, que el fundamento de esta extensión podría fincarse más bien en la teoría de la relación estatutaria, la cual, a diferencia de la primera mencionada, no requiere del elemento organizacional, sino que sitúa su acento en la función desempeñada.

Son por ahora, destinatarios de la ley disciplinaria los indígenas que administran recursos públicos, los particulares que administran recursos públicos, algunos contratistas del Estado, los interventores y supervisores, y algunos

12 Ibíd., pp. 109-118.

particulares que prestan servicios públicos, se insiste, siempre que exista el ejercicio de una función pública de por medio¹³.

4. ALGUNAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES QUE DEBEN RESPETARSE PARA IMPONER UNA SANCIÓN DISCIPLINARIA

En este capítulo identifica el autor tres garantías que deben concurrir siempre que esté de por medio el ejercicio de la potestad disciplinaria: temporalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria, contradicción y control integral de la decisión disciplinaria por una autoridad independiente. Veamos cada una de estas garantías.

En cuanto al ejercicio temporal de la potestad disciplinaria, se señala que siempre que exista una potestad que implique la limitación de derechos y la expedición de actos administrativos desfavorables, debe existir un plazo "que una vez vencido impide la toma de decisión; por contera, la imposición de un castigo por fuera de término conlleva un defecto de nulidad, específicamente la falta de competencia y vulneración del debido proceso"¹⁴. Esta garantía se relaciona fuertemente con la seguridad jurídica y con los derechos del procesado, ya que desde el derecho se

exige certeza de que el poder público no modificará la situación jurídica de las personas más que en procedimientos regulares previamente establecidos con arreglo a la ley. Por tanto, el principio impone que la Administración emplee sus potestades interventoras y limitadoras de los derechos con estricta sujeción a los requisitos establecidos, uno de los cuales es el temporal¹⁵.

En palabras del profesor Rincón, la temporalidad en el ejercicio de la potestad, que deviene en la llamada prescripción dentro del régimen disciplinario colombiano¹⁶, tiene consecuencias para ambos intervinientes: significa un alivio para el procesado, y para la Administración "se trata de una terminación anormal que opera como consecuencia jurídica negativa para la autoridad, pero como efecto colateral se libera espacio para adelantar otros expedientes", lo cual, en últimas, supone un alivio para esta última también¹⁷.

13 Artículo 25 de la Ley 734 de 2002 y artículo 25 de la Ley 1952 de 2019.

14 RINCÓN, óp. cit., p. 139.

15 FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, "La caducidad del procedimiento de oficio", *Revista de Administración Pública*, n.º 194, Madrid, 2014, pp. 11-47. Citado en RINCÓN, óp. cit., p. 145.

16 Para ilustrarse sobre por qué en Colombia se denomina "prescripción" y no "caducidad", y las implicaciones que esto tiene, remítase a RINCÓN, óp. cit., pp. 139-145.

17 *Ibíd.*, p. 145.

En segundo lugar, se analiza la garantía del derecho de contradicción y su posible riña con el principio de eficacia en el obrar administrativo, dentro del marco del procedimiento de cariz inquisitivo. Resalta el profesor Rincón que la oficiosidad es el signo distintivo de la actuación y que esta debe operar en todo momento en beneficio del derecho de contradicción del disciplinado. Esta oficiosidad se justifica en que este proceso, "aun cuando se enmarca en una relación laboral, [...] protege la moralidad administrativa y el correcto funcionamiento del Estado"¹⁸, razón por la cual no resultaría admisible ni lógico que las resultas del proceso dependan en gran medida de la actividad o inactividad del procesado, y es por esto que se le asigna a la autoridad disciplinaria la tarea de ser el impulsor del proceso hasta que llegue a la verdad, la cual, debe ser material, dado que el proceso es inquisitivo, lo que se traduce en que el investigador debe buscar y allegar al proceso todos los elementos de pruebas, bien favorezcan al disciplinado, o les sean adversos.

Otra garantía adquiere un papel protagonista al analizar el derecho de contradicción dentro de un proceso inquisitivo: la presunción de inocencia, la cual, procesalmente, se traduce en el *in dubio pro disciplinado*. Resulta apenas razonable que, si la Administración no logra probar con suficiencia la responsabilidad del procesado, esta duda se resuelva a su favor. Adicionalmente, la garantía de contradicción implica, en un sistema ideal, que se encuentren dentro del proceso claramente separadas las etapas de investigación y juzgamiento, así como las autoridades que conocen de una y otra, de modo que, quien juzga, no llegue al momento de tomar la decisión ya contaminado con el ejercicio de investigación, para que sea capaz de valorar de manera objetiva las pruebas allegadas al proceso. En nuestro país, lastimosamente, esta exigencia no fue impuesta por nuestro legislador, de modo que en nuestro sistema es un solo funcionario el que adelanta el proceso desde su inicio y hasta su final.

Otra garantía de suma importancia dentro del proceso disciplinario es la del control integral del acto administrativo sancionatorio por parte de autoridad independiente, tema que en nuestro país generó cierto debate dentro de la doctrina y la jurisprudencia, el cual quedó zanjado con la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 9 de agosto de 2016, expediente 2011-31600, en la que se estudió la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la República en los que sancionó –y ratificó la sanción– con destitución e inhabilidad general por dieciocho años a la entonces congresista Piedad Córdoba.

Así pues, la tesis que impera hoy en día es que el acto administrativo disciplinario, como cualquier acto administrativo, "debe ser objeto de un 'juicio

18 Ibíd., p. 150.

sustancial' que refleje que no solo se analiza de manera formal la legalidad, sino que se hace a la luz de la prevalencia de los derechos fundamentales"¹⁹.

Antes de esta decisión icónica de 2016^[20], se creía que permitirle al juez de lo contencioso administrativo revisar íntegramente el acto administrativo sancionatorio constituía una especie de tercera instancia, razón por la cual se sostenía que el control debía ser de legalidad formal. No compartimos esta posición que, afortunadamente ya ha sido superada, puesto que

el juez administrativo no se transforma en una tercera instancia cuando se pronuncia sobre la valoración probatoria que hace la autoridad disciplinaria, pues aunque deba acometer el estudio del supuesto fáctico que dio lugar a la expedición del acto administrativo, acomete su labor en un plano distinto, pues a él no le corresponde pronunciarse sobre la responsabilidad del sujeto investigado sino establecer si el pronunciamiento administrativo cumplió todos los presupuestos de validez que exige el ordenamiento jurídico²¹.

5. LA TIPICIDAD COMO MANIFESTACIÓN PROPIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD QUE RIGE EL OBRAR ADMINISTRATIVO Y COMO PRIMER LIMITANTE PARA QUE PUEDA IMPONERSE UNA SANCIÓN DISCIPLINARIA

En este capítulo se emprende el estudio de la tipicidad como una expresión del principio de juridicidad que rige el obrar administrativo y la vinculación positiva de la Administración a esta legalidad. El autor demuestra cómo este principio no es exclusivo del derecho penal, sino que es una construcción que se deriva del principio de juridicidad, pilar del derecho administrativo.

Este principio tiene ciertos matices en materia administrativa, lo cual le permite diferenciarse de su homónimo penal. Se abordan seguidamente las garantías de ley estricta, ley previa y ley cierta, y se explican los acentos especiales que estas tienen como resultado de una flexibilización propia del debido proceso administrativo.

La ley estricta alude a que los destinatarios conozcan con exactitud los comportamientos sancionables y la sanción que estos aparejan, reservando estas materias a la ley por ser la fuente del derecho que se encuentra amparada con la mayor legitimidad democrática; sin embargo, se diferencia de lo penal en la posibilidad de la inclusión de tipos en blanco, en los que se definen los elementos esenciales legalmente, pero en los que se emplean remisiones a fuentes normativas de inferior jerarquía, con el objeto de completarlos en cada caso concreto, teniendo en cuenta las funciones, prohibiciones y deberes

19 *Ibíd.*, p. 166.

20 Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 9 de agosto de 2016, expediente 2011-31600.

21 RINCÓN, óp. cit., p. 165.

específicos del servidor público procesado. La razón de esta flexibilización del principio de tipicidad estriba en lo explicado por Nieto García, y es que "el conocimiento del quehacer del servidor público se encuentra en manos de la Administración pública, el legislador no tiene la capacidad de llegar al grado de detalle sobre el cómo se distribuyen o asignan las funciones que materializan las competencias de entidades y organismos del Estado." Asimismo, el uso de *ius variandi* imposibilita que la tipificación del legislador sea precisa, y resulta de igual forma poco práctica la repetición de todos los catálogos de deberes, funciones, prohibiciones asignadas a cada uno de los servidores públicos en Colombia²². Se señala por último que esta técnica de remisión a normas secundarias debe someterse a dos presupuestos: la competencia, pues el reglamento no puede reemplazar a la ley, sino complementar, y la necesidad de acudir al reglamento o al acto administrativo.

En cuanto a la garantía de ley previa, esta encuentra fundamento en nuestro artículo 29 constitucional, y básicamente funciona de la misma manera que la favorabilidad penal, pues es una arista del debido proceso, y por mandato constitucional, la favorabilidad debe ser un principio aplicable a todo proceso punitivo, bien sea judicial o administrativo.

Se hace luego referencia a la garantía de ley cierta, la cual implica que los tipos disciplinarios deben ser claros en su redacción de manera que no den lugar a interpretaciones diferentes dependiendo del juzgador, de forma tal que, en aplicación de la mencionada garantía, se crea una exigencia de que los tipos disciplinarios no contengan expresiones ambiguas y poco claras.

De esta manera se concluye el capítulo, resaltando la importancia de la tipicidad y señalando los pequeños matices que sufre esta institución en el ámbito disciplinario.

6. UNA DIFICULTAD AL SANCIONAR DISCIPLINARIAMENTE: LA FALTA DE UN CONCEPTO CLARO DE ILICITUD SUSTANCIAL

Se pone de presente en este capítulo cómo el segundo estadio en el estudio de responsabilidad disciplinaria en Colombia no se encuentra estructurado de una manera suficientemente clara, y sus amplias diferencias con la categoría análoga en la responsabilidad penal.

Se explica cómo la ilicitud sustancial debe ser un concepto intermedio entre la antijuridicidad material exigible en el derecho penal, y la mera antijuridicidad formal, y que a través del derecho disciplinario también se protegen bienes jurídicos.

22 *Ibíd.*, p. 182.

Bajo este entendido, la estructuración del elemento antijuridicidad debe partir de no negar la necesidad de proteger bienes jurídicos sino de establecer que el resultado que se espera no es el mismo que en el derecho penal, porque al atarse a las obligaciones impuestas al servidor público toda su construcción se basa en la importancia de su acatamiento, de modo tal que, en principio, la infracción de una norma no es formal sino sustancial, pues dentro de esta lógica, podría pensarse que no es necesaria la generación de un riesgo concreto, pues lo que se quiere evitar es la existencia de un peligro abstracto²³.

Asimismo, se abordan las causales de exclusión de la responsabilidad, desde la imprevisibilidad y la irresistibilidad, la confrontación entre deberes funcionales, la confrontación de los deberes funcionales con el cumplimiento de orden legítima, la confrontación del deber funcional con un derecho ajeno o propio, la insuperable coacción ajena o el miedo insuperable, el error y la inimputabilidad.

7. LA SANCIÓN DISCIPLINARIA COMO RESULTADO DE UN JUICIO SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD: LA CULPABILIDAD COMO PRESUPUESTO INELUDIBLE

El capítulo final de este manual sobre responsabilidad disciplinaria se reserva al último eslabón en la cadena de la responsabilidad disciplinaria, esto es, el estudio del elemento subjetivo: la culpabilidad.

En Colombia, por mandato constitucional, una de las garantías que reviste el debido proceso es precisamente la culpabilidad, proscribiéndose, en consecuencia, de manera legal en materia penal y disciplinaria la responsabilidad objetiva –que no administrativa sancionatoria en general–. La razón de que se exija siempre efectuar un juicio subjetivo de responsabilidad en el campo disciplinario, además de que fue la manera en que el legislador decidió configurar la materia, obedece a razones más de fondo: si bien no en todo régimen sancionatorio debe prescindirse de la responsabilidad objetiva, sí debería hacerse siempre que con la sanción se puedan afectar derechos fundamentales de gran importancia, como lo son para lo disciplinario el trabajo, el ejercicio de funciones públicas y percibir el salario, entre otros. De esta manera, es indiscutible que en Colombia es un requisito indispensable para que exista responsabilidad disciplinaria que el procesado haya actuado con dolo o con culpa, la cual, para nuestro caso, ha sido graduada en culpa grave, de modo que no será cualquier culpa la que genere la imposición de una sanción disciplinaria.

Se señala cómo en materia disciplinaria impera la técnica del *numerus apertus*, lo que implica que, al prevalecer la culpa, y ser inexigible el dolo, en los tipos

23 *Ibíd.*, p. 219.

disciplinarios se entienda que se exige que la conducta haya sido realizada con culpa, al contrario de lo que sucede en la responsabilidad penal.

Otro tema que resulta importante abordar dentro del estudio de la culpabilidad es el del carácter personal de la responsabilidad y de la sanción, que impide que se derive responsabilidad disciplinaria a una persona que no haya desplegado la conducta sancionable, lo cual trae consigo el interrogante de si en materia disciplinaria caben las categorías de partícipes, cómplices y determinadores, resuelto por el autor de manera negativa, al indicar que no hay que realizar extrapolaciones innecesarias y que la única figura posible es la del autor.

CONCLUSIONES

La potestad disciplinaria en el derecho administrativo se perfila como una obra de obligatoria consulta para quienes se interesan por la responsabilidad disciplinaria, al ser pionera en abordar su estudio de manera juiciosa desde sus orígenes, y al reclamar para el derecho administrativo este territorio, que había sido "invadido" si se nos permite usar la expresión de manera figurativa, por los penalistas, pretendiéndolo declarar autónomo.

Lo disciplinario fue en sus inicios, y sigue siendo, administrativo, y analizar todas sus instituciones desde esta óptica permite hacer una lectura adecuada de las mismas y entender su verdadera razón de ser.

Esperamos que sean muchos más los administrativistas que se interesen por esta materia, y recuerden que no es derecho penal, que no es ajena a las bases del derecho administrativo, de hecho, se explica en las mismas. Extiendiéndole entonces la invitación que deja abierta el profesor Rincón, recuperemos ese terreno que poco a poco hemos ido perdiendo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, LUIS. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 8, Madrid, 1983.
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. "El derecho disciplinario en Colombia. Estado del arte". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. XXXII, n.º 92, Bogotá, 2011.
- LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO. "La caducidad del procedimiento de oficio". *Revista de Administración Pública*, n.º 194, Madrid, 2014.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *Fundamentos de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PARADA VÁSQUEZ, RAMÓN. *Derecho administrativo II. Organización y empleo público*. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

RINCÓN, JORGE IVÁN. *La potestad disciplinaria en el derecho administrativo*. Buenos Aires: IJ Editores, 2018.

SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIO MANUEL. *Dogmática practicable del derecho disciplinario*. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 2005.