

El *non bis in idem* en los regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos en Colombia: ¿una garantía, en la práctica, inexistente?

MARÍA RAQUEL MOLINA OTERO¹

RESUMEN

La jurisprudencia colombiana ha defendido una posición sólida y reiterada respecto a la aplicación de la garantía del *non bis in idem* en los regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos, que se ha mantenido prácticamente incólume desde los primeros pronunciamientos de las altas cortes en el siglo XIX. En este escrito nos preguntamos si esta postura, aunque sólida y reiterada, es adecuada.

Palabras clave: *non bis in idem*, *ius puniendi*, función pública, servidores públicos, principio de proporcionalidad, certeza jurídica, cosa juzgada.

1 Magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Candidata a doctora en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Córdoba, Córdoba, España. 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: 15 de enero de 2024. Fecha de modificación: 10 de abril de 2024. Fecha de aceptación: 7 de mayo de 2024. El presente artículo es producto de la investigación adelantada en el marco del programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas que actualmente cursa la autora en la Universidad de Córdoba, España. Para citar el artículo: Molina Otero, María Raquel, "El *non bis in idem* en los regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos en Colombia: ¿una garantía, en la práctica, inexistente?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, 2024, pp. 35-67. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n32.03>.

The *non bis in idem* in the Punitive Regimes to Which Public Servants Are Subjected in Colombia: Is This a Case of a Non-Existent Guarantee?

ABSTRACT

Colombian jurisprudence has consistently upheld a robust stance on the application of the *non bis in idem* guarantee within the punitive regimes governing public servants, a position that has remained largely unchanged since the initial pronouncements of the High Courts in the 19th century. In this paper, we question whether this steadfast position, while solid and reiterated, remains appropriate.

Keywords: *Non bis in idem*, *Ius puniendi*, Public Function, Public Servants, Principle of Proportionality, Legal Certainty.

INTRODUCCIÓN

Este artículo parte de una gran pregunta que pretende responder si el *non bis in idem* en los regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos en Colombia es una garantía que en la práctica es inexistente.

Para intentar dar solución al problema planteado iniciaremos estudiando el principio del *non bis in idem* en Colombia, revisando cómo ha sido abordado normativa y jurisprudencialmente, para, en un segundo momento, analizar el ejercicio del *ius puniendi* público frente a los servidores públicos en Colombia y cómo se ha aplicado esta garantía en este escenario.

Finalmente, ofreceremos unas conclusiones en las que, lejos de darle cierre a este tema, dejaremos abiertos más interrogantes de los inicialmente planteados, ya que, como en su momento señalaremos, este es un debate inacabado o, si se quiere, que ni siquiera ha iniciado.

1. LA GARANTÍA DEL *NON BIS IN IDEM* EN COLOMBIA

El *non bis in idem*, también conocido como *ne bis in idem*, ha sido considerado en el ordenamiento colombiano como una "norma jurídica universal"² o un

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de septiembre de 1944.

"principio antiguo y acertado"³ que significa "no dos veces sobre lo mismo", y que se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 –que trata sobre el "debido proceso"–, en el que se señala que toda persona tiene derecho "a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho". También se ha resaltado que, por tal razón, "hace parte del debido proceso sancionador"⁴.

En ocasiones se ha considerado por la jurisprudencia colombiana que está íntimamente relacionado con el principio de cosa juzgada, por cuanto se ha afirmado que "cuando el artículo 29 de la Constitución prohíbe al Estado juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, está haciendo referencia a ambas"⁵, ya que "pensar en la noción de 'cosa juzgada' sin hacerlo a la vez en el *non bis in idem*, es prácticamente un sinsentido".

Sin embargo, en otros pronunciamientos, la misma jurisprudencia ha indicado que "la función de este derecho, conocido como el principio *non bis in idem*, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, este principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada, sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita"⁶.

De estas tendencias jurisprudenciales podemos señalar, de manera preliminar, que pareciera que se invocan distintos fundamentos que se relacionan con distintas facetas del principio, sin que se identifique claramente el cariz del principio al que se refiere, atendiendo a que nuestra jurisprudencia no ha sido muy dada a distinguir las dos vertientes de la garantía que en otros ordenamientos sí se han diferenciado con claridad⁷.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de noviembre de 1959.

4 Corte Constitucional, sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, expediente D-3987. En ella se resalta que: "De tal manera que cuando la finalidad de un régimen es regular las condiciones en que un individuo puede ser sancionado personalmente en razón a su conducta contraria a derecho, este principio es aplicable."

5 Corte Constitucional, sentencia T-652 del 27 de noviembre de 1996, expediente T-96727.

6 Corte Constitucional, sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, expediente D-3987.

7 Antonio Bueno Armijo, señala, por ejemplo, que "en la doctrina y la jurisprudencia españolas es frecuente hablar de las dos 'vertientes' del *non bis in idem*". "Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea", *Revista de Administración Pública*, n.º 218, 2022, p. 177.

Estas dos vertientes a las que nos referimos son la procesal o procedimental, por un lado, y la sustancial o material, por el otro. En efecto, esta identificación de dos expresiones del mismo principio ha sido ampliamente aceptada en el derecho comparado, aunque se han advertido algunas dificultades que se derivan de ella⁸.

En este sentido, se puede señalar, de manera sencilla, que la dimensión material del principio prohíbe la imposición de más de una sanción al mismo sujeto por la misma conducta, y que la vertiente procedimental o procesal, por su parte, se opone al adelantamiento de más de un proceso de carácter punitivo en contra de un mismo sujeto, motivado por la misma conducta.

Autores como Antonio Bueno resaltan la importancia de esta distinción, por considerar que "aunque íntimamente relacionadas, lo cierto es que ambas manifestaciones del principio son absolutamente autónomas, hasta el punto de que cabe vulnerar cualquiera de ellas sin afectar en lo mínimo la otra"⁹. Asimismo, destaca el autor español que es válido preguntarse si se trata efectivamente de dos manifestaciones del mismo derecho fundamental y no de dos garantías distintas, atendiendo a que identifica una independencia conceptual que se refleja en el interés jurídico que protege cada una¹⁰⁻¹¹.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia nacional no ha hecho grandes esfuerzos por distinguir estas dos vertientes e identificar para cada una de ellas sus particularidades, sino que, al hablar en general del principio, en algunas ocasiones parece que se refiere a una o a otra, lo cual se manifiesta

8 Lucía Alarcón Sotomayor, *La garantía del non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid: Lustel, 2008. Alarcón Sotomayor señala que esta terminología puede ser equívoca, teniendo en cuenta que, en algunas ocasiones, tanto la jurisprudencia española, como la doctrina, han erróneamente entendido que la vertiente procesal del principio implica la prevalencia de la vía penal sobre la administrativa. En sentido similar, véanse Tomás Cano Campos, "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, n.º 156, 2001, pp. 191-249, y Manuel Gómez Tomillo, "Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, n.º 2, 2020, pp. 421-456.

9 Antonio Bueno Armijo, "Carácter procedimental del non bis in idem en la Unión Europea", *op. cit.*, pp. 177-178.

10 *Ibid.*

11 Sobre los distintos fundamentos de las vertientes se ha destacado. Por ejemplo, en torno al fundamento de la versión procesal, se ha relacionado con el principio de seguridad jurídica e indicado que "sobre la base del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), aclara que tal dimensión procesal no puede ser interpretada en oposición a lo material, que ha de impedir que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo". Manuel Jaén Vallejo, "Principio constitucional *ne bis in idem* a propósito de la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 2/2003", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 584, 2003, p. 3.

en los distintos fundamentos que se invocan, lo que deja en evidencia que se protegen intereses jurídicos distintos, atendiendo a su independencia conceptual, como bien señala el profesor Bueno.

Lo que sí ha diferenciado con claridad nuestra jurisprudencia ha sido lo que ha llamado sus manifestaciones subjetiva y objetiva. Sobre esta distinción ha señalado que en su faceta subjetiva el *non bis in idem* se concreta como un derecho fundamental que prohíbe que "una vez emitida sentencia sobre un asunto, el sujeto activo del mismo pueda ser objeto de nuevo juzgamiento por parte de las autoridades de un Estado"¹². En lo que respecta a la faceta objetiva, se ha indicado que esta consiste en "la imposibilidad de que el legislador permita que un sujeto activo sea procesado y sancionado ante una misma jurisdicción en más de una ocasión por los mismos hechos"¹³.

Estudiaremos, entonces, en este punto cómo ha abordado nuestra jurisprudencia el principio, y nos centraremos, como ya hemos indicado, en su aplicación en los regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos. Por ello revisaremos la jurisdicción ordinaria, la contenciosa administrativa y la constitucional.

Antes de embarcarnos en este estudio jurisprudencial, resulta axial destacar que se hace mención expresa de este importante principio como una de las garantías que componen el debido proceso en el artículo 29 de nuestra Constitución Política, de la siguiente manera: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. [...] Quien sea sindicado tiene derecho a [...] no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

Sin embargo, atendiendo a lo que se ha explicado, la consagración constitucional se refiere a la vertiente procesal de la garantía.

12 Corte Constitucional, sentencia C-434 del 10 de junio de 2013, expediente D-9441. Indica lo siguiente: "El principio *non bis in idem* tiene dos significados principales en nuestro ordenamiento jurídico:

(i) El primero hace referencia a su faceta subjetiva –esto es, como un derecho fundamental–, que se concreta en la imposibilidad de que, una vez emitida sentencia sobre un asunto, el sujeto activo del mismo pueda ser objeto de nuevo juzgamiento por parte de las autoridades de un Estado. Se evita así un constante estado de zozobra cuando se prohíbe a las autoridades públicas retomar una casusa judicial, disciplinaria o administrativa para someter al sujeto activo a una nueva valoración y, por consiguiente, una nueva decisión. Desde esta perspectiva el principio *non bis in idem* sería la concreción de principios como la seguridad jurídica y la justicia material.

(ii) El otro significado resalta a la faceta objetiva del principio, consistente en la imposibilidad de que el legislador permita que un sujeto activo sea procesado y sancionado ante una misma jurisdicción en más de una ocasión por los mismos hechos".

13 *Ibid.*

1.1. EL *NON BIS IN IDEM* VISTO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Podemos encontrar como la mención más lejana del *non bis in idem* por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia, un pronunciamiento del procurador general¹⁴ del 19 de octubre de 1887^[15]. En él se señala que el *bis in idem non judicatum* es un "principio seguido por los criminalistas [...] ya admitido como doctrina invariable de derecho público. A nadie que haya sido juzgado legal y definitivamente, puede perseguirse de nuevo por el mismo delito. La cosa juzgada extingue la acción penal y ella protege al acusado si ha sido absuelto por error"¹⁶. Debemos anotar que esta primera aparición del principio es de su vertiente procesal y, por tanto, su fundamento se vincula a la cosa juzgada.

El 20 de abril de 1932^[17] por fin encontramos una sentencia en la que la Sala de Casación en lo criminal analiza el *non bis in idem* en un escenario relativo a la función pública, confrontando normas con finalidad disciplinaria, por un lado, y penal, por el otro. En este fallo se sostuvo que "si el hecho cometido por el empleado público, además de un abuso de sus funciones oficiales o de una falta de cumplimiento de los deberes de su destino, se encuentra penado en otra parte de la ley, se le impondrá la pena que por el primer delito corresponda, sin perjuicio de la que merezca por el segundo, juzgándose ambas [sic] delitos acumulativamente por el procedimiento ordinario, no hay duda de que el apreciar los hechos sobre que versa el presente informativo en la forma expuesta, no va en mengua del principio *non bis in idem*, sino en acatamiento de reglas expresas y claras establecidas por el legislador".

Es importante señalar que hasta este momento las aproximaciones importantes que se habían dado en la materia habían sido desarrolladas por la Sala

14 El procurador general en Colombia es una autoridad administrativa que ejerce como cabeza de la Procuraduría General de la Nación (organismo de control). Sus funciones son la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos y del cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; la protección de los derechos humanos y el aseguramiento de su efectividad, con el auxilio del defensor del pueblo; y la defensa de los intereses de la sociedad. Por ello, dentro de sus funciones tiene intervenir en ciertos procesos judiciales dando su concepto.

15 *Gaceta Judicial*, n.º 51, 24 de diciembre de 1887, sección "Vistas del Procurador General".

16 En el caso concreto, el procurador general le conceptúa a la Corte "sobreser en [las] diligencias" que se encontraba adelantando en contra de los magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca, en la Sala de lo Criminal, por haber supuestamente errado al decidir un caso en el que se absolvió a dos investigados, ya que la imputación de los delitos fue defectuosa. El pronunciamiento sobre el *non bis in idem* se incluye por cuanto la Corte sostuvo en un auto que, ya que se había absuelto a los investigados por un error, se debía instruir un nuevo sumario.

17 *Gaceta Judicial*, t. XL, n.º 1886, 26 de marzo de 1934.

de Casación de lo criminal, y como es natural, se circunscribían al terreno de lo penal. Podemos resaltar que en esa época la Corte había acudido al principio llamándolo "norma jurídica universal", y se le calificó como antiguo y acertado, pero no se había establecido claramente en qué consistía, aunque sí se habían ya fijado importantes reglas en cuanto a su aplicación¹⁸; por ejemplo, en la sentencia del 11 de diciembre de 1945 de la Sala de Casación Penal se señaló que el mismo "impide sancionar o agravar más de una vez –y por el mismo motivo– una misma infracción".

Asimismo, en sentencia de la Sala de Casación Penal del 3 de diciembre de 1948 se analizaron las implicaciones y finalidad del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal de la época (Ley 94 de 1938), que establecía que "el procesado condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta"¹⁹.

18 Es importante señalar que el *non bis in idem* se estaba aplicando por la jurisprudencia colombiana como límite a la toma en consideración de una circunstancias como elemento del delito y circunstancia agravante, como mínimo, desde la sentencia del 25 de febrero de 1930.

19 En esta sentencia se indicó lo siguiente: "Dicha disposición, como lo sustenta la Procuraduría, no es adjetiva o formal, de simple rito, sino una norma sustantiva, que consagra un valioso derecho para el acusado, el de no ser sometido a un nuevo proceso por un hecho criminoso que ya fue decidido en otra investigación; decir, el reconocimiento de la cosa juzgada, es lo que ese precepto defiende. [...]"

El comisionado, doctor Rafael Escallón, lo consideró como la consagración del principio 'non bis idem', declarándolo de una evidente necesidad. No participó de esta misma opinión el comisionado doctor Luis Rueda Concha [...].

Mas conviene decir que los errores de interpretación a que se ha prestado tal artículo 103, provienen de que no se ha parado mientes en que de su texto se deduce que para que se cumpla con lo que en él se estatuye, esto es, que el procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada de Juez colombiano, no sea 'sometido a nuevo proceso, por el mismo hecho, aun cuando [sic] a este se le dé una denominación distinta', tal disposición no es aplicable cuando se trata de un nuevo juicio. De no ser ello así, el texto legal no habría empleado la expresión nuevo proceso, sino nuevo juicio. Tan ello es evidente que el mismo autor del artículo, el doctor Rey, lo aclaró así en la larga discusión a que diera lugar esa norma en el seno de la comisión redactora: Yo creo –afirma– que el doctor Rueda no se ha fijado bien en la redacción del artículo que propuse. Dice: 'No será sometido a nuevo proceso', y agregó después: 'El error en todo caso recidiría [sic] en absolver al procesado. ¿Por qué va a absolverse, si el juez tiene convencimiento de que el mismo hecho puede recibir otra denominación distinta y constituir base de un nuevo auto de proceder?' (trabajos preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal, tomo II, páginas 34 y 41).

De manera que si el mismo autor del texto que en la codificación del estatuto es el artículo 103, no rechaza que pueda tener aplicación la norma que contiene, en el mismo proceso, con mayor razón dicha conclusión es obligada cuando se trata de un nuevo juicio, surgido de otras circunstancias y con base en hechos distintos. Y esto último no hay que perderlo de vista para interpretar, en su recto sentido el artículo en cita,

Del mismo modo, resulta valioso encontrar que la posición jurisprudencial referente a la coexistencia de sanciones penales y disciplinarias frente a servidores públicos se ha inclinado, aun desde antes de la Constitución de 1991, a defender su posibilidad, aunque los argumentos utilizados sean diferentes a los de la actualidad. De esta manera, se resalta que en la sentencia de la Sala de Casación Penal del 18 de agosto de 1958 se sostuvo que:

Esta solución, por lo demás, no da lugar a que se viole siquiera de manera aparente el principio *non bis in idem* en los casos concretos. En verdad, en la peor de las hipótesis, en la de que un mismo sujeto sea condenado disciplinariamente a la pérdida del empleo y judicialmente a arresto e interdicción para el ejercicio de funciones públicas, no sufre dos penas, por cuanto la interdicción implica por sí sola la pérdida del empleo. Lo que en tal evento acontece es que el poder disciplinario del Estado, el cual debe manifestarse con rapidez por la naturaleza de los fines por él perseguidos procede sin tardanza, mediante actuación sumaria, a separar al funcionario infractor de la administración pública, mientras el poder judicial, más lento, parsimonioso y cauto le impone la verdadera pena. Mas aunque se prescindiera de la sanción disciplinaria, al ser condenado aquel por la vía judicial a la interdicción de funciones públicas necesariamente perdería el empleo.

Encontramos este argumento muy interesante, pues viene a afirmar que no se vulnera el *non bis in idem* en su vertiente material cuando el segundo castigo integra el primero. Pero en este caso no es que coexistan la sanción disciplinaria y la sanción penal, es que la primera “desaparece” dentro de la segunda.

El 29 de mayo de 1970, la Sala de Casación Penal profirió una sentencia que planteó un argumento similar al aceptado hoy en día por la jurisprudencia colombiana en torno a la coexistencia de regímenes disciplinario y penal. De esta manera, se planteó lo siguiente:

La corriente común fija así otras de las líneas demarcadoras de las dos ramas; la penal se refiere al mantenimiento del orden jurídico general, se acoge inexorablemente al principio de la legalidad de los delitos y la sanciones, infunde vigor e imperio al acto jurisdiccional y rechaza el principio *non bis in idem*. En cambio, el derecho disciplinario, aunque aplique medidas que aparentemente puedan confundirse con las otras, actúa sobre particulares relaciones de autoridad, no se circunscribe a tipos especiales, pues señala en forma amplia o genérica las faltas y las sanciones, muchas veces por vía de ejemplo, a que se hacen acreedores los que violen los deberes de subordinación, convivencia, decoro y demás que se impongan. Las providencias son administrativas, aunque provengan de un tribunal

pues para que se cumpla su mandato es menester, como condición sine qua non, que recaiga sobre el hecho una condena o absolución y que el nuevo proceso sea por un mismo hecho”.

de justicia. En suma, el derecho penal tutela bienes jurídicos predeterminados en la constitución nacional, mientras que el derecho disciplinario no se dirige sino a la normalidad de las gestiones o de las ocupaciones²⁰.

Al respecto, creemos relevante mencionar que gran parte de estos argumentos coinciden con los que se contienen en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 8 de junio de 1976, Engel y otros contra Países Bajos (rec. 5100/71), que ha sido icónica en lo que respecta al principio.

Esta posición fue reiterada, entre otras, en sentencia del 5 de junio de 1975, en la que se declararon exequibles, es decir, inconstitucionales, algunos preceptos de la Ley 25 de 1974 sobre régimen disciplinario, señalándose: "Obsérvese, en fin, que la represión disciplinaria es independiente de la penal, de modo que el acto de un funcionario es a la vez de naturaleza penal y de carácter disciplinario; el sujeto infractor puede ser sancionado tanto por el delito como por la falta disciplinaria, con cada uno de los correctivos previstos en los mandatos pertinentes".

Asimismo, en sentencia de la Sala Plena del 19 de enero de 1984 se destacó que "como ya lo ha sostenido la Corte en anteriores providencias, dada la autonomía de los procesos disciplinario y penal, el infractor puede serlo en ambos y resultar sancionado en uno y otro, sin incurrir en violación del principio penal constitucional del *non bis in idem*".

Es claro entonces que, para la Corte Suprema de Justicia, antes de 1991, era absolutamente viable la confluencia de procesos y sanciones disciplinarios y penales, sin que se considerara vulnerado el *non bis in idem* en ninguna de sus vertientes. Más adelante revisaremos si esta posición cambió de alguna manera atendiendo a lo consagrado constitucionalmente y a lo señalado por la guardiana de la Constitución: la Corte Constitucional.

20 Esta sentencia, antes de incluir esta afirmación, señala que "El derecho penal va al fondo de la acción, indaga su origen, contenido y fines a base de descripciones previas, tratando de adecuar una sanción predeterminada en un texto. El derecho penal disciplinario expresa una potestad del Estado, de sus organismos o de otra clase de asociaciones privadas para mantener el cumplimiento de previsiones que interesan a sus miembros y a la administración.

El empleado público o el que desempeña transitoriamente funciones de esa clase, lo mismo que las personas vinculadas a un órgano del poder, a un gremio o profesión, saben que tienen obligaciones, que deben prestar obediencia a un orden jerarquizado casi siempre, que tienen que cumplir un horario y demás actividades propias de su posición y el olvido de estos a su desconocimiento acarrea consecuencias que les impiden el ascenso en la carrera o que lo retardan, les disminuyen el salario, provocan la suspensión del derecho, el despido o la cancelación de un título".

1.2. LA GARANTÍA ESTUDIADA POR EL CONSEJO DE ESTADO ANTES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

De la revisión de las sentencias proferidas por esta jurisdicción desde su creación, encontramos que la primera vez que se hace alusión al *non bis in idem* en ellas es en 1973²¹, en una sentencia de la Sección Segunda –encargada de resolver asuntos laborales administrativos–, en la que no se hace un pronunciamiento respecto a su alcance por parte del alto tribunal, sino que tan solo se menciona dentro de una de las pretensiones de la parte demandante²².

En 1991, el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa se refirió a este principio en materia sancionatoria en un asunto en el que precisamente se habían demandado diversos actos administrativos sancionatorios, por considerar que el servidor público demandante fue sancionado doblemente por unos mismos hechos y faltas²³.

En este caso, en el que el *non bis in idem* ciertamente era el centro del debate, el Consejo de Estado precisó que el servidor público demandante, rector de una institución educativa, fue investigado por la Procuraduría General de la Nación por supuestamente haberse presentado en estado de embriaguez a la asamblea de la asociación de padres de familia, mientras que el Ministerio de Educación Nacional inició la investigación disciplinaria con origen en el informe del inspector de Educación Nacional, producto de una visita realizada al plantel en días distintos a la mencionada asamblea. Por esta razón, el Consejo de Estado resalta que “no es válido afirmar que la sanción que se impuso al demandante por medio de los actos acusados

21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 12 de julio de 1973, radicado 1031.

22 La pretensión es que se declare “nulo el Decreto 1215 de 1969, por cuanto sancionó separando del servicio con desviación de las facultades o poderes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al mayor (r) José Figueroa Paz por su participación en el golpe del 10 de julio de 1944 y por hechos sobre los cuales se le había decretado una amnistía (Decreto n.º 2184/53) y con violación del principio *non bis in idem*, según el cual no se puede juzgar o sancionar dos veces a una persona por los mismos hechos”.

23 Allí se indicó que se sancionó “primero por la Procuraduría General de la Nación Seccional Ibagué, en enero de 1986 y, posteriormente, por el Ministerio de Educación Nacional a través de la Junta Seccional de Escalafón del Tolima y de la Junta Nacional del Escalafón, lo cual es contrario al principio universal de derecho *non bis in idem*, vigente en todos los regímenes democráticos, que garantizan a los ciudadanos no ser juzgados más de una vez por unos mismos hechos y que se halla consagrado en el Decreto 2372 de 1981, contentivo del régimen disciplinario aplicable a los educadores oficiales, cuyo artículo 5.º, reza: ‘Artículo 5.º—Una Sola sanción por falta. La comisión de una falta no da lugar sino a la imposición de una sola sanción’”.

se haya originado en los mismos hechos que investigó la Procuraduría, que a la postre, no dieron lugar a imposición de sanción disciplinaria alguna"²⁴.

Así, encontramos en esta sentencia esa única alusión al principio, indicando que se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico y señalando que no se viola cuando los diversos procesos no se originan en los mismos hechos. Consideramos conveniente resaltar que la Constitución de 1886 era la vigente para la resolución del caso.

Posterior a la proclamación de la Constitución Política de 1991, en la que, como ya señalamos, se incluyó el *non bis in idem* como una garantía del debido proceso, ya es posible encontrar en la jurisprudencia contenciosa administrativa muchos más pronunciamientos en los que se alude al principio en asuntos relacionados con confluencia de sanciones administrativas, o de sanciones administrativas y penales, en diversas materias²⁵. El impacto de la consagración constitucional en 1991 y de las interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional fue grande, como veremos más adelante.

1.3. EL PRINCIPIO INTERPRETADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

La jurisdicción constitucional fue creada por la Constitución Política de 1991, así como la Corte Constitucional, como su máximo tribunal, el cual entró en funcionamiento el 17 de febrero de 1992, en reemplazo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. La primera mención del *non bis in idem* en esta jurisdicción la encontramos en un salvamento de voto a la sentencia de tutela T-223 del 2 de junio de 1992, en la que se señaló simplemente que "El derecho a no ser juzgado dos veces por la misma conducta es, como se dijo, un derecho fundamental de aplicación inmediata, al tenor de lo dispuesto en los artículos 29 y 85 de la Carta Política".

La Corte se pronunció de fondo sobre el principio por primera vez el 5 de junio de 1992 en sentencia de tutela T-413 de 1992^[26], en la que analizó

24 De manera seguida a estas afirmaciones, el Consejo de Estado destaca que "Las anteriores razones son suficientes para concluir que la decisión impugnada, no viola el principio *non bis in idem* consagrado en el ordenamiento jurídico y que no se desvirtuó la presunción de legalidad que lo ampara y consiguientemente, debe confirmarse el fallo del *a quo*, denegatorio de las súplicas de la demanda".

25 Tales como sanciones del Código Nacional de Policía; sanciones impuestas en el marco de la contratación estatal; sanciones derivadas de la función de supervisión, control y vigilancia de autoridades administrativas; sanciones disciplinarias; y sanciones impuestas en procesos de pérdida de investidura, así como también fue analizado en procesos de extradición y en cuestiones relacionadas con la temeridad en la interposición de la acción de tutela.

26 Esta posición ha sido reiterada en numerosas ocasiones, una de ellas en la sentencia de constitucionalidad C-393 del 24 de mayo de 2006, expediente D-6042, en la que se sostuvo que "El hecho de que un determinado comportamiento prohibitivo sea

la confluencia del proceso disciplinario con el penal, en un asunto relacionado con el ejercicio de la profesión de abogado. En el fallo se señaló que:

No se viola el principio *non bis in idem*, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, con relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello, es posible, como sucedió en este caso, que el juez penal haya absuelto y, por su parte, el juez disciplinario haya condenado.

A partir de este primer pronunciamiento son numerosas las ocasiones en las que la Corte Constitucional ha mencionado el *non bis in idem*; por esta razón, en este punto nos referiremos a las sentencias más importantes sobre la materia, con el objeto de identificar los elementos que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, conforman el principio.

En la sentencia T-520 del 16 de septiembre de 1992, la Corte señala que el principio del *non bis in idem* establecido en el artículo 29 de la Constitución Política es de raigambre punitiva, —aunque textualmente se indica “penal”, por lo que añadiremos más adelante creemos que se debe entender en sentido amplio y no estricto, y por tal razón utilizamos el término “punitivo”— y según él “nadie puede ser sometido a juicio dos veces por la misma causa”. Es de anotar que, de acuerdo con lo que se había señalado en los acápites anteriores, esta definición corresponde a su vertiente procesal.

En este sentido, en la sentencia se determina el alcance del principio²⁷, resaltando que “se extiende a toda clase de procesos y no únicamente a

constitutivo de delito, no significa entonces que el mismo no pueda también ser objeto de infracción disciplinaria. Por eso, cuando un abogado en ejercicio incurre en ‘actos fraudulentos’ en detrimento de intereses ajenos y con ello desconoce la lealtad debida a la administración de justicia, el mismo debe ser sancionado disciplinariamente por el Consejo Superior de la Judicatura y los Consejos Seccionales, sin perjuicio de que la conducta fraudulenta o engañosa pueda igualmente ser constitutiva de delito y ser castigada por la jurisdicción penal. Frente a las autoridades disciplinarias, para los efectos de entrar a definir el título de imputación o determinar la existencia de la conducta fraudulenta, estas no requieren entrar a establecer la posible ocurrencia de un delito, sino limitarse a verificar la descripción típica prevista en la norma acusada con todos sus elementos”.

27 Allí se indica: “El postulado *non bis in idem* se extiende a toda clase de procesos y no únicamente a los penales. Más aún, también es aplicable en las actuaciones administrativas según preentorio mandato del citado artículo 29 de la Carta. Esta es una forma

los penales" y que, de esta manera, es aplicable también a las actuaciones administrativas. Teniendo en cuenta que en esta sentencia la Corte se enfoca en su cariz procesal, en la providencia también se destaca que con este principio se busca "realizar los valores de la justicia y la seguridad jurídica, al lado de otros principios como la presunción de inocencia y el derecho de defensa".

Por otro lado, encontramos que en la sentencia C-244 de 1996 del 30 de mayo, la Corte se enfocó en explicar lo relativo a la dimensión sustancial del principio, aunque no se le llamara con claridad de esta forma. En esta sentencia se estableció que el principio "tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones" y "solo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación".

Para ello definió que: (1) "La identidad en la persona significa que el sujeto inculpatado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole", (2) con la identidad del objeto "se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza" y (3) "La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos".

Asimismo, en lo relativo a la posibilidad de confluencia de procesos de tipo disciplinario y penal para los servidores públicos, tema sobre el cual nos detendremos en el segundo apartado de este escrito, precisó que:

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

de protección de la persona y una manera de brindarle certeza en los dictados de los jueces y de la administración. Es una garantía que prohíbe a las autoridades investigar, juzgar o condenar a una persona más de una vez por el mismo hecho respecto del cual ya se tramitó un proceso y se profirió una decisión, constituyéndose en elemento enderezado a realizar los valores de la justicia y la seguridad jurídica, al lado de otros principios como la presunción de inocencia y el derecho de defensa".

Esta posición, como veremos más adelante, ha sido reiterada hasta el día de hoy²⁸. Asimismo, esta triple identidad explicada ha sido exigida por nuestra Corte Constitucional para estimar que se ha vulnerado el principio.

Como habíamos señalado con anterioridad, la dimensión procesal del principio se ha relacionado con el principio de cosa juzgada y, en este sentido, el máximo órgano constitucional se ha esforzado en explicar la relación de ambos principios.

Por ejemplo, en la sentencia de tutela T-652 del 27 de noviembre de 1996, la Corte Constitucional explicó la relación entre los principios de *non bis in idem* y cosa juzgada, así:

Non bis in idem es una expresión latina que significa "no dos veces sobre lo mismo"; esta ha sido empleada para impedir que una pretensión, resuelta mediante una decisión judicial contra la cual no cabe recurso alguno, sea presentada nuevamente ante otro juez. En otras palabras, quiere decir que no debe resolverse dos veces el mismo asunto. En sentido similar ha sido acuñado el término "cosa juzgada". Pensar en la noción de "cosa juzgada" sin hacerlo a la vez en el *non bis in idem* es prácticamente un sinsentido; por lo tanto, cuando el artículo 29 de la Constitución prohíbe al Estado juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, está haciendo referencia a ambas.

En este pronunciamiento se señaló también que ambas figuras van unidas, al punto de destacar que "son inconcebibles por separado"²⁹, y que el principio no tiene aplicación únicamente en materia penal. Asimismo, precisó que el principio es el mismo sin importar el área del derecho en la que se concrete³⁰.

28 Al respecto es importante señalar que en la sentencia C-391 del 22 de mayo de 2002, se precisó en relación con este tema que: "No por generarse en un mismo supuesto fáctico una actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y un proceso disciplinario, se incurre en vulneración del principio *non bis in idem*. Ello es así porque la proscripción de generar dos o más juzgamientos por un mismo hecho exige mucho más que la simple identidad del supuesto de hecho que desencadena los distintos procesos. Por el contrario, para que el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho se consolide, se requiere que en esos procesos exista identidad de causa, objeto y persona pues solo esa múltiple identidad es la que permite afirmar que se está ante hechos ya juzgados y, en consecuencia, ante la imposibilidad de que el Estado proceda nuevamente".

29 La sentencia en este sentido destaca: "para esta corporación, por el contrario, estas dos nociones se implican mutuamente, son inconcebibles por separado. *Non bis in idem*, es una expresión latina que significa 'no dos veces sobre lo mismo'; esta ha sido empleada para impedir que una pretensión, resuelta mediante una decisión judicial contra la cual no cabe recurso alguno, sea presentada nuevamente ante otro juez. En otras palabras, quiere decir que no debe resolverse dos veces el mismo asunto. En sentido similar ha sido acuñado el término 'cosa juzgada'".

30 Se añadió igualmente que "el juicio por el cual las partes dirimen sus diferencias, tiene ordinariamente corolario en la sentencia, con las consecuencias que de ella derivan:

En el mismo sentido, en la sentencia T-162 del 30 de abril de 1998 se señaló que tanto *non bis in idem* como cosa juzgada son derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos mediante acción de tutela, y que "el principio de *non bis in idem* constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del *ius puniendi*, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas. Ciertamente, la prohibición que se deriva del principio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial, equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de 'someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta', que se erige en el impedimento fundamental que a jueces y funcionarios con capacidad punitiva impone el principio de *non bis in idem*".

Por otro lado, en otros pronunciamientos, la Corte se ha alejado de estudiar la cosa juzgada y se ha enfocado en otros fundamentos, atendiendo a que lo que se ha intentado explicar ha sido la vertiente sustancial del principio. Un ejemplo de ello es la sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, en la que se afirmó que "la función de este derecho, conocido como el principio *non bis in idem*, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, este principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada, sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita".

En este sentido, merece comentario el planteamiento realizado en la sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002 en el que se explica que el *non bis in idem* se concreta tanto en la prohibición de doble sanción como en la de doble juzgamiento. Allí se destacó que "la Corte constata que el constituyente colombiano prefirió una consagración del principio *non bis in idem* según la cual la prohibición no está dirigida exclusivamente a una doble sanción. La prohibición se dirige a ser 'juzgado' dos veces". En esta sentencia se añadió que "lo anterior se ajusta a los fundamentos del principio *non bis*

la cuestión litigiosa no puede ser discutida de nuevo en el mismo proceso, ni en ningún otro futuro (*non bis in idem*)". Finalmente, otra idea importante que se desarrolló fue que "carece de sentido lógico afirmar que uno de los principios citados se aplica en materia penal y el otro en civil, pues como ya se dijo, no se trata de dos principios diferentes. Es probable que en cada una de las dos áreas del derecho se concrete de manera diferente, al igual que en laboral o administrativo; pero sin lugar a dudas se trata del mismo principio de derecho".

in idem ya que la seguridad jurídica y la justicia material se verían afectadas, no solo en razón de una doble sanción, sino por el hecho de tener una persona que soportar juicios sucesivos por el mismo hecho. El principio *non bis in idem* prohíbe que después de que ha terminado conforme a derecho un juicio, posteriormente se abra investigación por el mismo 'hecho' dentro de la misma jurisdicción. De tal manera que la expresión 'juzgado' comprende las diferentes etapas del proceso de juzgamiento, no solo la final".

Así, en el pronunciamiento se resalta de manera clara "que el principio *non bis in idem* no se circunscribe únicamente al tenor literal de la norma, pues sus finalidades incluyen tanto la prohibición de un eventual doble juzgamiento como la de una doble sanción por el mismo hecho. Esta posición es acorde con los fundamentos del principio *non bis in idem*, ya que la seguridad jurídica y la justicia material se ven igual o más afectados cuando un individuo es sancionado dos veces por el mismo hecho. Por lo tanto, sería contrario al principio *pro libertatis* dar un alcance restrictivo al debido proceso, de manera tal que supusiera una afectación del sindicado únicamente a partir de un juicio repetido y fuera indiferente ante la posibilidad de que fuera sancionado dos veces por el mismo hecho". Por lo anterior, finaliza la Corte afirmando que "la expresión 'dos veces' ha de ser interpretada de manera extensiva, de tal manera que la prohibición sea entendida como dirigida a impedir cualquier número de juicios o sanciones mayor a uno, por el mismo hecho".

De este modo, es válido señalar que para nuestra jurisprudencia constitucional existen las dos vertientes del proceso que desde el inicio hemos destacado, simplemente que no ha sido tan clara al momento de distinguir tales manifestaciones.

Asimismo, la Corte Constitucional ha sido bastante enfática en reiterar que "una misma conducta puede generar diversas consecuencias jurídicas, y por ello, ser objeto de distintos juicios concurrentes y diferentes sanciones. En otras palabras, la corporación ha entendido que un comportamiento humano puede lesionar varios intereses jurídicos que el legislador ha considerado tutelables, y por lo tanto constituir simultáneamente diversas infracciones sancionables"³¹.

En relación con este aspecto, la sentencia C-434 proferida en 2013 es bastante referenciada en otras jurisdicciones, y el aparte más citado de esta sentencia señala que:

La Corte ha dejado establecido que es posible juzgar y sancionar varias veces un mismo comportamiento, sin que ello implique una violación del *non bis in idem*, (i) cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones

31 Corte Constitucional, sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, expediente D-3987.

y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa.

Esta sentencia bastante icónica desarrolla algo que ya se había indicado en la sentencia C-554 de 2001, y es que "el *non bis in idem* se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (*impeachment*) y el régimen jurídico especial ético-disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los congresistas)", y que, además, "el principio constitucional del *non bis in idem* no tiene carácter absoluto, puesto que desde la perspectiva del derecho interno existen motivos de orden superior que justifican su atenuación, cuando se trata de defender intereses de inapreciable valor para la sociedad como son los relacionados con la soberanía nacional, la existencia y la seguridad del Estado, en cuya promoción está comprometido el mismo Estado".

En efecto, otra sentencia que es ampliamente citada tanto en la jurisdicción ordinaria (en especial en los asuntos penales), como en la contenciosa administrativa, es la C-632 de 2011, que va muy en consonancia con la anterior. En esta providencia se reitera que el principio objeto de este estudio "no tiene un carácter absoluto. En ese sentido, su aplicación 'no excluye la posibilidad de que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando la conducta enjuiciada vulnere diversos bienes jurídicos y atienda a distintas causas y finalidades'".

De este modo, estos pronunciamientos del máximo órgano constitucional han tenido un impacto significativo en las decisiones de otros órganos jurisdiccionales, y han determinado de manera importante el ejercicio del *ius puniendi* en Colombia, como veremos en el siguiente apartado.

2. EL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI* PÚBLICO FRENTE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN COLOMBIA Y LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA DEL *NON BIS IN IDEM* EN ESTOS ESCENARIOS

El *ius puniendi*, en palabras de Juan Antonio García Amado, "no es más que la posibilidad que el derecho reconoce a alguien o algunos de establecer castigos e imponerlos a los ciudadanos"³². De esta forma, aunque esta

32 Juan Antonio García Amado, "Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites", *Documentación Administrativa*, n.º 280-281, 2008, p. 17.

posibilidad existe también en las relaciones entre particulares, lo cierto es que nos enfocaremos en este trabajo en el *ius puniendi* público, y en especial, en el que se ejerce sobre los servidores públicos. En este sentido, acudimos a las palabras del autor citado, quien resalta que el *ius puniendi* público se caracteriza, por un lado, por el carácter aflictivo, de castigo, que tienen las medidas impuestas, "y, por otro, el que su inflicción está en manos del Estado"³³. No queda duda entonces de que, en el escenario del *ius puniendi* público, es el Estado el legitimado para establecer e imponer tales castigos a los ciudadanos, de tal forma que es preciso afirmar que esa posibilidad ha estado unida al concepto mismo de Estado, desde sus inicios³⁴.

Ahora, el poder punitivo que ejerce el Estado frente a sus servidores públicos se explica en "el nexo indisoluble que existe entre las funciones públicas, el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y la justificación misma de este último"³⁵. Esta importante razón también justifica el tratamiento más severo que le da el Estado a sus servidores públicos y a quienes desempeñan funciones públicas, y es que "cumplir funciones públicas, conlleva de suyo, de este modo, aspectos que trascienden la mera satisfacción de estándares laborales, sin que deje de ser importante esta. En adición, para que sean verdaderos y efectivos los requerimientos de conveniencia, eficacia, legalidad y responsabilidad en el desarrollo de las funciones públicas, la Constitución y la ley instituyen diversos controles con contenidos y alcances propios cada uno".

Es por esto que nuestra Constitución Política establece una cláusula general de responsabilidad de los servidores públicos en el artículo sexto, que contempla un tratamiento mucho más severo para ellos, en comparación con el que se les da a los particulares. Así, los servidores públicos serán responsables por incurrir en prohibiciones, como los particulares, pero además también lo serán por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, nuestra carta política señala que será el legislador

33 *Ibid.*

34 Sobre este punto recomiendo la lectura de Jorge Iván Rincón Córdoba, "Origen, justificación presupuestos de la potestad sancionadora de la Administración", en Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, *El poder sancionador de la Administración pública: Discusión, expansión y construcción*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 71-140. Véase también Andrés Fernando Ospina Garzón, "El fundamento del poder de sanción de la Administración: Terapia para el abandono de un complejo", en Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, *El poder sancionador de la Administración Pública: Discusión, expansión y construcción*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 19-70.

35 María Raquel Molina Otero, "El control del ejercicio de funciones públicas por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa y de la Jurisdicción Ordinaria Penal", en Andrés Fernando Ospina Garzón (editor), *Horizontes del contencioso administrativo*, t. II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 97.

el competente para desarrollar los regímenes de responsabilidad a los que ellos se someten, teniendo en cuenta los lineamientos dados en el artículo sexto ya mencionado. Estos regímenes de responsabilidad son tanto punitivos como resarcitorios; sin embargo, teniendo en cuenta que el escrito se centra en la garantía del *non bis in idem* y que, como ya hemos resaltado, esta únicamente tiene cabida en el escenario del ejercicio del *ius puniendi*, nos referiremos únicamente a los regímenes punitivos.

En este sentido, el ejercicio del *ius puniendi* público frente a los servidores públicos en Colombia se manifiesta, a grandes rasgos, en las siguientes especies: (1) responsabilidad penal, (2) responsabilidad disciplinaria, (3) pérdida de investidura y (4) responsabilidad punitiva por indignidad política.

En este punto creemos importante traer a colación lo que ha señalado el profesor Bueno Armijo, y es que, precisamente “uno de los requisitos básicos del Estado de derecho exige que los poderes públicos asuman plena responsabilidad por sus actos, lo que se aplica sobre todo al poder ejecutivo. Esto incluye no solo al Gobierno, sino también a la Administración pública, sus empleados y agentes. En consecuencia, la responsabilidad de los empleados públicos es, en rigor, uno de los requisitos de la existencia de un sistema democrático, basado en el respeto a los derechos fundamentales, y del propio Estado de derecho. La responsabilidad de los empleados públicos suele adoptar tres formas diferentes: civil, penal y disciplinaria. Las tres componen la llamada ‘tríada de la responsabilidad’”³⁶.

Esta variedad de regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos precisamente son un reflejo de lo que acabamos de explicar, y por eso no podemos criticar de manera alguna que nuestro Estado se sirva de todos estos dispositivos para proteger el correcto desarrollo de las funciones públicas. Lo que se quiere discutir en este escrito es otro tema: el relativo a las garantías del servidor público cuando ya ha incurrido en una conducta que da lugar a que se activen dos o más de estos escenarios.

2.1. LA CONFLUENCIA DE LOS REGÍMENES PENAL Y DISCIPLINARIO

En cuanto a las dos primeras especies, es preciso destacar que ellas, como ya hemos tenido la oportunidad de sostener en otros escritos, protegen el que, a nuestro juicio, es el mismo bien jurídico³⁷.

36 Antonio Bueno Armijo, “La responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos en Europa. Una propuesta de concepto y de garantías mínimas comunes”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 64, 2023. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/Revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=426420.

37 Creemos que hoy en día no hay duda de que el derecho administrativo sancionador protege bienes jurídicos. Un argumento importante a favor de esta idea es que el concepto de bien jurídico es transversal al derecho, y no es exclusivo del derecho penal.

Este bien jurídico, al que el legislador penal llamó "Administración pública", lo que busca es asegurar que las funciones públicas se ejerzan correctamente. Este es un bien jurídico susceptible de ser protegido en cualquier ordenamiento jurídico, y en el nuestro, el legislador ha determinado hacerlo consagrando infracciones administrativas y penales que castigan precisamente comportamientos que atentan en contra de él.

Por lo anterior, el legislador, al momento de tipificar las conductas que considera contrarias al bien jurídico de la Administración pública, toma en cuenta todas las aristas o manifestaciones del ejercicio de funciones públicas, las clasifica de acuerdo con la mayor o menor importancia que tengan, y determina los dispositivos más adecuados para evitarlas.

Al respecto, consideramos que el análisis que hace el legislador para decidir si el bien jurídico se protege de mejor manera con la tipificación de ilícitos administrativos o penales, o inclusive con ambos simultáneamente, se relaciona con la utilidad de la sanción que se aplicaría en cada uno de esos casos.

Así, creemos que un primer análisis que debe hacerse por el legislador es qué sanción resulta más adecuada para no solo castigar al infractor, sino

Franz von Lisz lo definió como interés jurídicamente protegido, y sobre él precisó que "todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico. Esos intereses vitales resultan de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada en Estado, o viceversa." Pablo Elías González-Monguí, "El bien jurídico tutelado", en Pablo Elías González-Monguí, *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017, p. 21. De modo que "es posible afirmar que si bien su construcción se dio en el marco del derecho penal liberal de carácter garantista, su aplicación es transversal a todas las esferas del derecho. De hecho, la definición o creación de los bienes jurídicos compete a la esfera constitucional, atendiendo a la concepción que se dio a los mismos como fruto de la Segunda Guerra Mundial, en la que se determinó la necesidad de su 'aferrabilidad', en atención a su vinculación con la Constitución". María Raquel Molina Otero, "El control del ejercicio de funciones públicas...", *op. cit.*, p. 100. En este punto resulta importante destacar que "El concepto de bien jurídico es de vital importancia pues si se le da un contenido exclusivamente normativo se le estaría reconociendo al legislador la capacidad de crearlo con la sola expedición de la ley penal, y en ese sentido se trataría de una institución sustancialmente insuficiente para limitar el poder punitivo. Con un concepto estrictamente normativo el legislador estaría en capacidad de configurar a su antojo los bienes jurídicos y de implementar delitos orientados a su protección, por el contrario, si al bien jurídico se le da un contenido material, derivado de la realidad social y fundado en normas superiores extrapenales, como los textos constitucionales, se limita al legislador al papel de regulador de bienes jurídicos y se logran elementos de juicio para racionalizar su actividad". José Joaquín Urbano Martínez, "Lección 1: Concepto y función del derecho penal", en AA. VV., *Lecciones de derecho penal: Parte general*, 3.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

para desincentivar la conducta y, con esto, proteger los bienes jurídicos, ¿es la imposición de una pena? o ¿puede que sea más gravosa una sanción administrativa?

Del mismo modo, otro aspecto que debe estudiarse es si, para algunos casos, una autoridad administrativa puede encontrarse mejor preparada para la investigación y juzgamiento, así como para la imposición de la sanción respectiva, atendiendo a los criterios de eficiencia y eficacia propios de la función administrativa.

Siguiendo esta lógica, en algunos casos es más conveniente una sanción administrativa, en otros, una penal y en otros, inclusive, lo más adecuado resulta ser el castigo tanto de manera penal como administrativa³⁸.

De esta manera, es muy usual que la misma conducta adelantada por el servidor público dé lugar a que se active tanto el dispositivo penal como el disciplinario. Es por esto que son numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales en torno al *non bis in idem* en materia penal y disciplinaria. Como ya habíamos anticipado en el primer apartado, en el que revisábamos los primeros pronunciamientos sobre el principio, nuestra jurisprudencia ha admitido abiertamente esta situación y ha aseverado que en estos casos se respeta la garantía.

Situaciones de confluencia del dispositivo penal y disciplinario (contenido en el ahora Código General Disciplinario, anterior Código Disciplinario Único) son numerosas: por un lado, puede ocurrir que la misma conducta corresponda a la descripción típica de alguno de los delitos tipificados como tal en el Código Penal y a la descripción típica de una falta disciplinaria. Lo más común sería que se trate de uno de los delitos contra la Administración pública contenidos en el título XV del Código Penal colombiano, y una falta disciplinaria gravísima, pero no necesariamente siempre es así.

Un ejemplo de lo anterior sería la falta disciplinaria 1 del artículo 52 del Código General Disciplinario relacionada con la infracción al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que se concreta en "ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, cualquiera de los actos mencionados a continuación: (a) matanza de miembros del grupo; (b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; (c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física,

38 María Raquel Molina Otero, "Las faltas disciplinarias en el Código General Disciplinario, su clasificación por bienes jurídicos y la alusión a los principios de subsidiariedad e integración: ¿un nuevo estudio de la tipicidad disciplinaria?", en Andrés Fernando Ospina Garzón (editor), *Comentarios al nuevo Código General Disciplinario*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 178-179.

total o parcial; (d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; (e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo", y el delito de genocidio establecido en el artículo 101 del Código Penal.

Otro ejemplo lo encontramos en el delito peculado culposo, el cual se encuentra tipificado en el artículo 400 del título XV, por atentar contra el bien jurídico de la Administración pública, y la falta disciplinaria gravísima relacionada con la moralidad pública establecida en el artículo 62.1, que consiste en "Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales".

Y estos son solo dos pequeñas muestras de todas las situaciones que se pueden encontrar en las que una misma conducta coincide con las descripciones típicas tanto de delitos como de faltas gravísimas.

Sin embargo, puede suceder también otro caso, y es que la confluencia se dé por vía de un tipo disciplinario todavía mucho más abierto: el que se encuentra en el artículo 65 del Código General Disciplinario y que consiste en lo siguiente:

Artículo 65. Faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal. Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él.

De este modo, resulta evidente que estas situaciones son bastante frecuentes, y los argumentos a los que se ha acudido por la jurisprudencia para defender su admisibilidad no nos convencen en lo absoluto, precisamente porque al momento de estudiar la "identidad de causa o de fundamento" niegan lo que acabamos de sostener con gran convencimiento. En este sentido, la jurisprudencia colombiana en ocasiones ha sostenido que en lo disciplinario no se protegen bienes jurídicos, y en otras que, si bien sí se protegen, el bien jurídico del mundo de lo disciplinario se diferencia del protegido por el dispositivo penal. Todo esto para justificar que se adelanten dos procesos (el penal y el disciplinario) al mismo sujeto por la misma conducta, y que, en consecuencia, se le impongan dos sanciones (la penal y la administrativa).

Esta gran idea la ha sostenido nuestra jurisprudencia desde sus inicios. Recordemos que la Corte Suprema de Justicia, antes de que existiera la Corte Constitucional, ya había destacado en la sentencia del 29 de mayo de 1970 ya citada, que "el derecho penal tutela bienes jurídicos predeterminados en

la constitución nacional, mientras que el derecho disciplinario no se dirige sino a la normalidad de las gestiones o de las ocupaciones"³⁹.

Esta posición sigue asumiéndose en la actualidad, basta con remitirnos a los pronunciamientos más recientes de esta corporación para constatar que la postura sigue siendo la misma y que la misma Corte reconoce su reiteración. Solo por traer un ejemplo, en sentencia del 1.º de noviembre de 2023^[40], la Sala Penal señaló lo siguiente: "Desde muy temprano, la jurisprudencia constitucional aclaró tanto la autonomía de los diferentes procedimientos sancionatorios, como la falta de violación al *non bis in idem*, en aquellos eventos en los cuales un funcionario público es investigado penal, disciplinaria y fiscalmente". Del mismo modo agregó que "esa comprensión de la independencia de los procedimientos sancionatorios descarta automáticamente la relación de dependencia o subordinación entre las decisiones que lleguen a adoptarse a nivel fiscal, disciplinario y penal".

Asimismo, en este reciente pronunciamiento la Sala Penal agregó que ya ha reiterado que el juicio de reproche penal es independiente del disciplinario, pues lo que cuestiona este último es la moralidad, el comportamiento ético y la eficiencia de los servidores públicos⁴¹.

No cabe la menor duda entonces de que esta ha sido desde siempre la postura jurisprudencial, y que al día de hoy lo sigue siendo⁴².

39 Esta posición fue reiterada, entre otras, en sentencia del 5 de junio de 1975, en la que se declararon exequibles, es decir, inconstitucionales, algunos preceptos de la Ley 25 de 1974 sobre régimen disciplinario, señalándose: "Obsérvese, en fin, que la represión disciplinaria es independiente de la penal, de modo que el acto de un funcionario es a la vez de naturaleza penal y de carácter disciplinario; el sujeto infractor puede ser sancionado tanto por el delito como por la falta disciplinaria, con cada uno de los correctivos previstos en los mandatos pertinentes". Asimismo, en sentencia de la Sala Plena del 19 de enero de 1984 se destacó que "como ya lo ha sostenido la Corte en anteriores providencias, dada la autonomía de los procesos disciplinario y penal, el infractor puede serlo en ambos y resultar sancionado en uno y otro, sin incurrir en violación del principio penal constitucional del *non bis in idem*".

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP463-2023 del 1.º de noviembre de 2023, radicado 62.160.

41 Allí se agregó "pues el ejercicio del poder punitivo del Estado es disímil a la potestad sancionatoria que cuestiona la moralidad, el comportamiento ético y la eficiencia de los funcionarios judiciales para desempeñar adecuadamente las funciones que le han sido encomendadas por ley. De allí que el resultado favorable en el debate disciplinario no conduzca, inexorablemente, a un pronunciamiento positivo por parte de la jurisdicción penal [...]. Sin que la existencia de procesos penales, disciplinarios y fiscales por unos mismos hechos conlleve a una violación del principio *non bis in idem*".

42 Diversos autores han destacado, de manera clara, que esta es la postura al respecto en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo: María Lourdes Ramírez Torrado, "Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 12, n.º 1, 2010; Carlos Arturo Ramírez Vásquez, *El principio del non bis in idem y su incidencia en el derecho*

Como podemos ver, esta idea no es exclusiva de la jurisprudencia ordinaria, ya que nuestra Corte Constitucional también la ha reproducido y ha servido para que las otras corporaciones se fundamenten en ella.

En la sentencia C-720 de 2006^[43], la Corte fue bastante clara al señalar:

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

El Consejo de Estado también ha reiterado esta idea, señalando que las finalidades de ambos regímenes son distintas, así como los bienes jurídicos tutelados por ellos⁴⁴. En este sentido, ha reafirmado también este tribunal, de manera clara y expresa, que tal situación no implica violación del principio *non bis in ídem*⁴⁵.

penal y disciplinario colombiano, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2007; y Janeyri Boyer Carrera, "Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Principio *non bis in ídem*", *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 11, 2012.

43 Corte Constitucional, sentencia C-720 del 23 de agosto de 2006, expediente D-5968

44 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de agosto de 2011, radicación número: 25000-23-25-000-1999-06324-01(1155-08). Allí se señaló: "los distintos tipos de responsabilidad a los que están sujetos los servidores del Estado (penal, disciplinaria, fiscal, patrimonial) son independientes y que una misma conducta puede dar lugar, en forma simultánea, a sanciones en uno de estos ámbitos y a exoneraciones en otro, o a declaraciones conjuntas similares, sin que por ello se entienda violada la garantía constitucional del debido proceso, particularmente el principio de '*non bis in ídem*', puesto que las finalidades que persiguen los regímenes establecidos y los bienes jurídicos tutelados, en cada uno de ellos, son distintos".

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 6 de febrero de 1997, radicación número 11369: "ha de decir la Sala como ha sido reiterado en la jurisprudencia, que la acción disciplinaria es independiente de la acción penal, ya que la finalidad de cada uno de tales procedimientos es distinta, pues los bienes que se protegen y el interés jurídico que se tutela son diferentes. El ente sancionador, independientemente del fallo de la justicia penal, podía enjuiciar la conducta del actor frente a las normas disciplinarias que gobernaban su situación, sin que ello implique violación del principio *non bis in ídem*".

2.2. LA CONFLUENCIA DE DIVERSOS REGÍMENES DISCIPLINARIOS

Otra situación que encontramos problemática es la que resulta de la posibilidad de que la misma conducta del mismo servidor público dé lugar a que se pongan en funcionamiento diversos dispositivos disciplinarios.

Uno de estos casos es el que se presenta cuando confluyen el régimen disciplinario que se desprende del Código General Disciplinario y la pérdida de investidura.

La pérdida de investidura es una figura que en el ordenamiento colombiano se encuentra consagrada en la Constitución Política de 1991, y desarrollada en la Ley 1881 de 2018. Si bien la Corte Constitucional colombiana ha reconocido el importante papel de la Constitución de 1991^[46] en la creación de esta figura, también ha resaltado que su antecedente se encuentra en la reforma de la Constitución de 1886 que se hizo mediante el Acto Legislativo 01 de 1978^[47].

El Consejo de Estado colombiano ha señalado que "la pérdida de investidura es una figura de rango constitucional que fue creada inicialmente para separar a los congresistas de su condición cuando se encuentren incursos en causales específicas y taxativas señaladas en la Constitución"⁴⁸. De este modo, "la pérdida de investidura constituye, entonces, un juicio de carácter jurídico, subjetivo, sancionatorio y ético basado en las causales previstas en la carta política"⁴⁹.

El artículo 183 constitucional la consagra y señala las causales para el caso de los congresistas⁵⁰. Al ser un asunto de competencia de la jurisdicción

46 Corte Constitucional, sentencia C-319 del 14 de julio de 1994, expediente D- 470.

47 De esta manera, se ha señalado que "es indiscutible que una de las reformas más importantes efectuadas por el Constituyente de 1991 relacionadas con el Congreso de la República, fue la de la creación de la institución de la pérdida de la investidura, consagrada en el artículo 183 de la Carta Política, con el propósito de dignificar la posición de congresista, enaltecer sus responsabilidades y funciones, con la posibilidad de que, frente a la inobservancia del régimen de incompatibilidades, inhabilidades o el surgimiento del conflicto de intereses por parte de los mismos, así como de incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, se pudiese sancionar a quien incurra en la violación de las causales previstas en dicha disposición con la pérdida de la investidura, sin que esta decisión dependiera de un previo pronunciamiento judicial". Corte Constitucional, sentencia C-319 de 1994, expediente D-470.

48 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Sexta Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia del 16 de julio de 2019, radicación número: 11001-03-15-000-2019-02830-00(PI).

49 *Ibid.*

50 Artículo 183. "Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

de lo contencioso administrativo, se encuentra regulada como uno de los medios de control que establece el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)⁵¹.

De acuerdo con el Consejo de Estado, la pérdida de investidura es una figura de naturaleza sancionatoria que hace parte del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, cuya competencia se encuentra en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien será la encargada de adelantar el proceso judicial de carácter ético y de, finalmente, imponer la sanción de desinvestidura⁵².

Con relación a esta especie del *ius puniendi*, se ha dicho también expresamente que el *non bis in idem* es un principio que le es propio⁵³.

2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarios en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
 4. Por indebida destinación de dineros públicos.
 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.
- Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor".
- 51 Artículo 143: "Pérdida de investidura. A solicitud de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano y por las causas establecidas en la Constitución, se podrá demandar la pérdida de investidura de congresistas. Igualmente, la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental, del Concejo Municipal, o de la junta administradora local, así como cualquier ciudadano, podrá pedir la pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles".
- 52 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de febrero de 2020, radicación número: 11001-03-15-000-2019-00911-01(PI). Esta figura: "Es de naturaleza sancionatoria, pues hace parte del *ius puniendi* del Estado y [...] la competencia para tramitarlo y decidirlo corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo [...]. (ii) El objeto del proceso es de carácter ético, en tanto las causales establecidas por el Constituyente reflejan un código de conducta, que tiene por objeto reprochar y sancionar comportamientos contrarios a la dignidad del cargo que ejercen los representantes del pueblo. [...] (iii) El proceso de pérdida de investidura es de naturaleza jurisdiccional, y genera un impacto directo sobre los derechos políticos de quien resulta sancionado, dado que, si se remueve la investidura del congresista, se produce una inhabilidad para ocupar cargos de elección popular. (iv) La sanción de desinvestidura no es redimible o conmutable y, por el contrario, es de carácter permanente. Pese a que uno de los principios axiales de la Constitución Política de 1991 es la inexistencia de penas imprescriptibles, según el artículo 28 superior, en este caso la sanción genera a la persona declarada indigna la prohibición de aspirar nuevamente a cargos de elección popular".
- 53 Corte Constitucional, sentencia C-554 del 30 de mayo de 2001, expediente D-3231: "el *non bis in idem* se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (*impeachment*) y el régimen jurídico especial ético-disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)".

Resulta muy importante señalar que jurisprudencialmente se ha resaltado la naturaleza disciplinaria de la figura y un ejemplo de ello es la sentencia C-554 de 2001 ya mencionada⁵⁴. Es por esto que sentencias recientes, en las que se clasifican las especies del *ius puniendi* público, sitúan esta figura ya no dentro de esta categoría, sino dentro de la que se ha llamado derecho disciplinario judicial⁵⁵.

Ahora, en lo que respecta al *non bis in idem*, puede ocurrir perfectamente que una conducta que da lugar a que se inicie un proceso de pérdida de investidura, también dé lugar a que inicie uno de tipo penal; piénsese por ejemplo en una conducta violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses, o de indebida destinación de dineros públicos, o de tráfico de influencias debidamente comprobado. En todos estos casos se presentarían delitos, faltas disciplinarias y causales de pérdida de investidura, y no existiría, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, impedimento alguno para que se deriven, por esa misma conducta del servidor público, procesos penales, disciplinarios y de pérdida de investidura, y para que en todos ellos se le puedan imponer sanciones, situación que consideramos contraria al principio, aunque ya la jurisprudencia, como hemos indicado, señale que hay distinto fundamento y que por tal razón no hay vulneración alguna.

Sin embargo, nos llama todavía más la atención el hecho de que esta figura, que es de naturaleza disciplinaria, pueda ser utilizada a la par con la responsabilidad disciplinaria, y que, inclusive en ese evento, se sostenga por la jurisprudencia que los fundamentos son distintos y que, por lo tanto, no hay violación del principio.

El pronunciamiento hecho en la sentencia T-147-11^[56] es una muestra de ello, pues resalta de manera muy clara que tanto la causa como el objeto

54 Allí se destaca textualmente lo siguiente: “el régimen jurídico especial ético-disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los congresistas)”.

55 Sentencia C-030 del 16 de febrero de 2023, expediente D-14503.

56 Corte Constitucional, sentencia T-147 del 7 de marzo de 2011, expediente T-2.768.074. Allí se señaló: “No por tener sustento en un mismo presupuesto fáctico una actuación de lo contencioso administrativo y un proceso disciplinario, se incurre en vulneración del principio de *non bis in idem*. En el presente caso, aunque los hechos son los mismos, no existe identidad de causa ni de objeto para entender violentado el referido principio. En efecto, aunque la persona sujeta a los dos procesos es el acá accionante, lo cierto es que la causa y objeto tanto del proceso de pérdida de la investidura como del proceso disciplinario son diferentes. La causa y objeto de la pérdida de investidura hace relación a la determinación de responsabilidad política en aras de salvaguardar la dignidad del cargo público que se desempeña, la confianza de la sociedad que eligió y la institucionalidad de la corporación a la que se pertenece. El proceso disciplinario determina la responsabilidad disciplinaria, esencialmente subjetiva, es decir requiere la demostración de dolo o culpa en el actuar; situación que no necesariamente se presenta

de los procesos de pérdida de investidura, por un lado, y del proceso disciplinario, por el otro, son diferentes, puesto que la pérdida de investidura conlleva a la determinación de responsabilidad política, con el objeto de proteger "la dignidad del cargo público que se desempeña, la confianza de la sociedad que eligió y la institucionalidad de la corporación a la que se pertenece". Mientras, el proceso disciplinario lo que determina es la responsabilidad disciplinaria en la que se debe demostrar dolo o culpa, con el objetivo de "proteger la moralidad pública, la transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia en el desempeño de un cargo, empleo o función pública".

Otro evento en el que confluyen diversos dispositivos disciplinarios es el que se produce por la concurrencia de la responsabilidad disciplinaria del Código General Disciplinario y de la potestad de sanción que está en cabeza del empleador de los trabajadores oficiales, que se finca en normas del derecho privado.

Esta situación ha sido poco estudiada, pero afortunadamente el profesor Jorge Iván Rincón⁵⁷ ha llamado la atención sobre su ocurrencia y, sobre todo, sobre su anormalidad. Como ya habíamos tenido la oportunidad de señalar en otro escrito, "urge en sus escritos 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 disciplinaria"⁵⁸.

El mismo caso se presenta para quienes son servidores públicos que se someten al derecho privado y que no encajan dentro de las tres especies enumeradas en la Constitución Política⁵⁹, como ocurre, por ejemplo, con los servidores públicos de las empresas del Estado que no son empresas industriales y comerciales del Estado, ni sociedades de economía mixta con capital público superior al 90 %.

en la pérdida de la investidura; se protege la moralidad pública, la transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia en el desempeño de un cargo, empleo o función pública".

57 Jorge Iván Rincón Córdoba, *La potestad disciplinaria en el derecho administrativo*, Buenos Aires: IJ Editores, 2018, pp. 109-118.

58 María Raquel Molina Otero, "La reivindicación por el derecho administrativo de la potestad disciplinaria", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2020, pp. 361-373.

59 María Raquel Molina Otero, "Régimen laboral de las empresas del Estado y la responsabilidad disciplinaria aplicable", en Héctor Santaella Quintero (editor), *Balance y desafíos del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023.

Finalmente, otra situación que resulta problemática, en nuestra opinión, es la concurrencia de la responsabilidad disciplinaria a la que ya nos hemos referido y la que surge del control del ejercicio de profesiones.

En este último caso, valga la pena indicar que existen particulares encargados del control disciplinario en el marco del ejercicio de profesiones, que es a lo que autores como Gómez Pavajeau han denominado "derecho disciplinario delegado"⁶⁰. En efecto, destaca el autor mencionado que se ha considerado por nuestra jurisprudencia que, en estos casos, nos encontramos en el escenario del ejercicio de una función de carácter público.

Sobre este asunto, lo primero que debe comentarse es que este tipo de responsabilidad persigue una finalidad diferente a la que aquí hemos señalado, que tiene lo que se ha denominado la potestad disciplinaria de la Administración, y que se encuentra desarrollado por el Código Disciplinario General, pues lo que busca esta última es la protección del correcto desarrollo de funciones públicas.

En segundo lugar, creemos que es desafortunada la expresión "derecho disciplinario delegado" acuñada por un sector de la doctrina colombiana, teniendo en cuenta que la delegación se define como la transferencia del ejercicio de funciones por parte de autoridades administrativas, mediante acto de delegación, a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias. Las potestades no se delegan, se atribuyen por la Constitución y las leyes. De tal modo que lo que ha ocurrido en este escenario no es que haya operado alguna delegación, sino que, en este ámbito, el ordenamiento jurídico ha atribuido a ciertos sujetos privados esta potestad, en lugar de a la Administración.

En todo caso, el artículo 26 de nuestra Constitución Política establece que "toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social". Y en su segundo inciso señala que "las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos". El tercer inciso precisa que "La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles".

En este sentido, la Corte Constitucional ha precisado que estos colegios, por virtud del legislador, cumplen una función administrativa de carácter disciplinario, sometida a los principios propios del debido proceso

60 Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Dogmática del derecho disciplinario*, 7.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

administrativo del artículo 29 constitucional⁶¹. Del mismo modo, esta función administrativa de carácter disciplinario está sometida al control de la jurisdicción contenciosa administrativa⁶².

No debe confundirse lo que aquí se ha mencionado con los asuntos disciplinarios que se dan al interior de las relaciones entre particulares, pues en estos casos, al no existir función pública de por medio, no es válido que entre a considerarse como una especie del *ius puniendi* del Estado.

Así, como hemos visto, son numerosas las situaciones en las que distintos dispositivos con finalidad disciplinaria, pero de diversa índole, confluyen en el mismo sujeto que ha adelantado una única conducta, que son aceptadas en nuestro ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

En atención a lo que se ha presentado, la primera gran conclusión a la que podemos arribar en este trabajo es que la jurisprudencia colombiana de las diversas jurisdicciones ha consolidado una postura fuerte en relación con la garantía del *non bis in idem* y su respeto en nuestro país, y en cuya virtud se ha considerado que no existe vulneración alguna cuando por los mismos hechos desarrollados por el mismo sujeto se adelantan diversos procesos de cariz punitivo, siempre que se trate de diversas especies de *ius puniendi* público, ya que se entiende que no existe identidad de fundamento.

Todo ello se traduce para los servidores públicos, en que por una misma conducta válidamente se puedan adelantar en su contra procesos punitivos de diversa clase: penal, disciplinario, pérdida de investidura, despido por justa causa para quienes se vinculan contractualmente, de ética profesional y de indignidad política, como se ha explicado.

Asimismo, como segunda conclusión debemos plantear que en la práctica solo se entiende vulnerada la garantía si se trata de procesos y sanciones de exactamente la misma especie del *ius puniendi*.

Así lo ha señalado nuestra jurisprudencia, de manera textual, al destacar que: "para que exista vulneración de esta garantía constitucional en materia

61 Corte Constitucional, sentencia C-620 del 25 de junio de 2008, expedientes D-6996 y D-6997: "en principio, los colegios creados en virtud de lo dispuesto por el artículo 26 de la Carta Política son instituciones de origen privado a las cuales el legislador puede asignar funciones públicas, entre ellas la de conocer de procesos ético-profesionales, como ocurre con el Tribunal Nacional de Ética Médica, encargado de adelantar procesos de esta índole iniciados por razón del ejercicio de la medicina. Se trata, entonces, de una función administrativa de carácter disciplinario, sometida a los principios propios del debido proceso administrativo, consagrados en el artículo 29 superior".

62 Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Dogmática del derecho disciplinario*, op. cit., p. 284.

disciplinaria, deben coexistir dos trámites y/o procesos de igual naturaleza, dos procesos disciplinarios para el caso que nos interesa, donde se encuentre involucrada la misma persona, por la misma causa y objeto⁶³⁻⁶⁴.

Lo anterior no nos parece acertado, pero es la realidad en nuestro ordenamiento, y se desprende, como lo vimos, de una sólida posición jurisprudencial de las distintas jurisdicciones, que lastimosamente no parece que vaya a cambiar en el futuro próximo.

La tercera gran conclusión a la que llegamos en esta investigación es que en esta materia se presenta una gran incoherencia que surge de señalar que el *ius puniendi* es unitario y, aun así, argumentar que existen distintos fundamentos, naturalezas y finalidades en las diversas especies. Esto es lo que ha hecho que se haya aceptado por la jurisprudencia colombiana, sin más, que no se viola el *non bis in idem* cuando confluyen procesos disciplinarios y penales, o disciplinarios de diversa índole.

Por lo anterior, y esta es la cuarta conclusión que queremos plantear, creemos que, en realidad, el *non bis in idem* es una garantía inoperante en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Sotomayor, Lucía. *La garantía del non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008.

Boyer Carrera, Janeyri. "Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el principio *non bis in idem*", *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 11, 2012.

63 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, radicación número 11001-03-25-000-2011-00207-00(0722-11).

64 En la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del 14 de marzo de 2002, radicación número 25000-23-24-000-1999-0228-01(5863) se indica lo siguiente: "En razón de la sentencia penal condenatoria, a juicio del actor no podía ser sancionado disciplinariamente, so pena de violar el principio del *non bis in idem*. Sobre el particular, la Sala reitera lo que ha sostenido en diversas oportunidades, entre ellas, en sentencia del 29 de noviembre de 2001 (Expediente núm. 6075, Actor: Autos y Camiones de Colombia S.A., Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en cuanto a que la prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho, a que alude el artículo 29 de la Constitución Política, no implica considerar que por un mismo hecho no se puedan infligir varias sanciones, de distinta naturaleza, como ocurre, por ejemplo, cuando un funcionario público incurre en el delito de peculado, conducta esta que no solo puede dar lugar a una sanción penal, sino a una disciplinaria (destitución) y a una administrativa (responsabilidad fiscal), sino que la prohibición opera frente a sanciones de una misma naturaleza".

- Bueno Armijo, Antonio. "La responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos en Europa. Una propuesta de concepto y de garantías mínimas comunes". *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 64, 2023. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/Revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=426420.
- Bueno Armijo, Antonio. "Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea". *Revista de Administración Pública*, n.º 218, 2022.
- Cano Campos, Tomás. "*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en derecho administrativo sancionador". *Revista de Administración Pública*, n.º 156, 2001.
- García Amado, Juan Antonio. "Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites". *Documentación Administrativa*, n.º 280-281, 2008.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del derecho disciplinario*, 7.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Gómez Tomillo, Manuel. "*Non bis in idem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH". *InDret*, n.º 2, 2020.
- González-Monguí, Pablo Elías. "El bien jurídico tutelado". En Pablo Elías González-Monguí, *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.
- Jaén Vallejo, Manuel. "Principio constitucional *ne bis in idem* a propósito de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 584, 2003.
- Molina Otero, María Raquel. "Régimen laboral de las empresas del Estado y la responsabilidad disciplinaria aplicable". En Héctor Santaella Quintero (editor), *Balance y desafíos del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023.
- Molina Otero, María Raquel. "El control del ejercicio de funciones públicas por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa y de la jurisdicción ordinaria penal". En Andrés Fernando Ospina Garzón (editor), *Horizontes del contencioso administrativo*, t. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022.
- Molina Otero, María Raquel. "La reivindicación por el derecho administrativo de la potestad disciplinaria". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2020.
- Molina Otero, María Raquel. "Las faltas disciplinarias en el Código General Disciplinario, su clasificación por bienes jurídicos y la alusión a los principios de subsidiariedad e integración: ¿un nuevo estudio de la tipicidad disciplinaria?".

En Andrés Fernando Ospina Garzón (editor), *Comentarios al nuevo Código General Disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022.

Ospina Garzón, Andrés Fernando. "El fundamento del poder de sanción de la Administración: terapia para el abandono de un complejo". En Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, *El poder sancionador de la Administración pública: Discusión, expansión y construcción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Ramírez Torrado, María Lourdes. "Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano". *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 12, n.º 1, 2010.

Ramírez Vásquez, Carlos Arturo. *El principio del non bis in idem y su incidencia en el derecho penal y disciplinario colombiano*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2007.

Rincón Córdoba, Jorge Iván, "Origen, justificación presupuestos de la potestad sancionadora de la Administración". En Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, *El poder sancionador de la Administración pública: Discusión, expansión y construcción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

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

Urbano Martínez, José Joaquín, "Lección 1: Concepto y función del derecho penal". En AA. VV., *Lecciones de derecho penal: parte general*, 3.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

