

# EL DERECHO DISCIPLINARIO COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA\*

Carlos Arturo Gómez Pavajeau\*\*

**Resumen:** La dogmática como “Ciencia del Derecho” tiene como fundamento la identificación de las instituciones a partir de un trabajo conceptual fundado en las diferencias y semejanzas. Derecho Penal y Derecho Disciplinario son dos especies, junto a otras, del Derecho Sancionador o *ius puniendi* del Estado. El trabajo precisa las diferencias que existen entre uno y otros bien a partir de la noción de género a especie o de especie a especie, por supuesto partiendo también de criterios políticos y político-constitucionales, en orden a mostrar el panorama de nuestra disciplina en Colombia.

**Palabras clave:** aspectos estructurales y funcionales del derecho; norma objetiva de valoración y norma subjetiva de determinación; género-especie, naturaleza jurídica; Estado Social de Derecho.

---

\* Texto ampliado y actualizado de la conferencia pronunciada en el IV Congreso Internacional de Derecho Disciplinario y II Jornadas Provinciales de Control Público, realizado en Santa Rosa (La Pampa), 12 y 13 de abril de 2012, organizado por el Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad (CGPYR) de Argentina en el marco de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario. El texto original fue publicado en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXXIV, n.º 403, 2012, pp. 79-91.

\*\* Profesor de Derecho Penal y Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia. Cofundador y consejero académico del Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Cofundador y vicepresidente de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario. Contacto: gomezpavajeau@hotmail.com Fecha de recepción: 7 de mayo de 2012; fecha de modificación: 4 de diciembre de 2012; fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2012.

## DISCIPLINARY LAW FOR CAREER PUBLIC SERVANTS AS A LEGAL AUTONOMOUS DISCIPLINE

**Abstract:** Dogmatic as “Science of Law” has as a founding basis the need to identify institutions of Law, from a conceptual source of differences and similarities. Criminal Law and Disciplinary Law are two species, among others, of Sanctioning Law or *ius puniendi* of the State. This work shows the existing differences between them from a “gender-specie” point of view, of course considering as well the political and constitutional-political criteria in order to show the whole scenario of this discipline in Colombia.

**Keywords:** structural and functional aspects of Law; subjective rule of determination and objective assessment rule; gender-specie, legal nature; Social Rule of Law.

La configuración de la estructura del poder estatal y, por supuesto, de la expresión jurídica de sus instituciones en los llamados Estados teocéntricos y otras expresiones de Estados totalitarios, es monolítica y unidimensional; vale decir, los poderes públicos se encuentran concentrados en un mismo eje central que lo domina todo<sup>1</sup> y existe una propensión a que toda infracción a la ley sea vista como un delito.

La visión de origen divino que ostentaban las instituciones en los Estados teocéntricos, donde el individuo no era nada, implicaba el entendimiento de que toda infracción a la ley, por tocar el orden divino, tenía naturaleza penal y comportaba como reacción institucional las penas más graves<sup>2</sup>. Bien lo señalaba DURKHEIM al recalcar que “es indudable que el derecho penal en su origen era esencialmente religioso”, de allí que toda ofensa reclamaba una pena como expresión de la expiación, en tanto el delito era una ofensa a la divinidad<sup>3</sup>.

El derecho era lo que el monarca determinara, pues recuérdese cómo LUIS XIV afirmó que, con clara representación del espíritu de la época en Francia, “el Estado soy yo”. LUIS XV declara en 1776 que “solo en mi persona reside el poder soberano. Solo a mí me pertenece todo el poder legislativo, sin dependencias ni división. El orden público entero dimana de mí, y los derechos y los intereses de la nación están necesariamente unidos a los míos y no descansan más que en mis manos”. Al año siguiente, LUIS XVI, ante un cuestionamiento por una decisión tomada en contra de la ley, afirmó: “Es legal porque yo, yo quiero”<sup>4</sup>.

1 Para el efecto GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Derecho Penal y Edad Media*, Bogotá, Giro Editores, 2005, pp. 73 y ss.

2 LARA PEINADO, FEDERICO y LARA GONZÁLEZ, FEDERICO. *Los primeros códigos de la humanidad*, Madrid, Tecnos, 2001, p. xvii.

3 DURKHEIM, EMILIO. *La división del trabajo social*, Madrid, Akal, 2001, pp. 108, 109 y 164.

4 SOBOUL, ALBERT. *La Revolución Francesa*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 63 y 80.

Por otro lado, otras formas totalitarias de gobierno, como las fascistas y especialmente el nacionalsocialismo alemán, fundados en el llamado corporativismo, daban una apariencia formal de separación de poderes y racionalidad institucional, pero encarnaban una nueva suerte de religión en aquello que definía la esencia del poder; de allí que se hable en su respecto de una “*Teología política*”, engendros de organización donde el individuo tampoco era nada, toda vez que se afirmaba: “Tú no eres nada, tu nación es todo”, en tanto “ese Estado puede todo; siempre tiene *derecho*, algo más, crea el derecho, que es siempre realizado por su jefatura”<sup>5</sup>. El trasfondo de todo era el decisionismo, que no es otra cosa que la toma de postura fundada exclusivamente en la voluntad, animada por los conceptos irracionales de amigo-enemigo, que de alguna forma se tomaron de filósofos católicos, lo cual llevó a SCHMITT a plantear la compatibilidad de la democracia con la “ablación del heterogéneo del cuerpo político”<sup>6</sup>.

La racionalidad que implica la división de poderes y la diferenciación de instituciones es allí, como se dijo, simple apariencia, exaltándose la irracionalidad<sup>7</sup>, puesto que el “corporativismo” es un régimen político en virtud del cual se instituyen mecanismos mediante los cuales “se agrupa a sectores de la población a través de organizaciones controladas directa o indirectamente por el gobierno”, utilizados sofisticadamente para lograr sostén por parte del régimen sin correspondencia con el tejido político y social, sin que la estructura política se resquebraje y se asegure la sobrevivencia en el poder, en tanto se expresa de manera bifronte: “institucionalidad y las reglas no escritas del sistema”<sup>8</sup>, todo lo cual tenía representación en las organizaciones nazistas.

Tanto los Estados teocéntricos<sup>9</sup> como los fascistas<sup>10</sup> pretenden cumplir un papel salvador, tienen en ellos sus gobernantes una misión salvífica, de lo que se deriva una concepción ética totalizante y abarcadora de lo político, de lo social y de lo económico, confundiendo Moral con Derecho y difuminando este en aquella. Lo anterior es obvio e indiscutiblemente reconocido en los primeros modelos estatales mencionados, pero también en los segundos, pues en el nacionalsocialismo alemán la perversión jurídica de las instituciones llevó a que se predicara una “interpretación sin límites”<sup>11</sup> o eufe-

---

5 Cfr. RÜTHERS, BERND. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 66, 145 y 160.

6 Cfr. ESTÉVEZ ARAUJO, JOSÉ A. *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989, pp. 130 y ss., en especial p. 240.

7 Cfr. MONERO PÉREZ, JOSÉ LUIS. *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, España, El Viejo Topo, 2009, pp. 123 y 127.

8 DOMÍNGUEZ NÁREZ, FREDDY. “Sistema y subsistemas del régimen en México. Desarreglos y porosidades institucionales” en *Razón y sentido de la República*, FREDDY DOMÍNGUEZ NÁREZ y RAYMUNDO VÁZQUEZ SOBERANO (coords.), México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2006, p. 18. También así MONERO PÉREZ, ob. cit., p. 126.

9 GÓMEZ PAVAJEAU. *Derecho Penal y Edad Media*, cit., pp. 75 y ss.

10 RÜTHERS, ob. cit., p. 49.

11 *Ibíd.*, p. 63.

místicamente denominada creativa, por medio de la cual se permitió la politización de la justicia y por supuesto se logró el ideal del Führer de fusionar los conceptos de ley, justicia y política, que tuvo como fundamento la valoración de las llamadas “conductas maliciosas”, o su equivalente funcional de “actos de rebelión”, fundidos en una unión indisoluble de elementos y deberes de lealtad para con aquel. Lo ilícito se captaba en su esencia a partir de un “enfoque emocional, cargado de especulación, total”; sentida y experimentada “por un miembro del pueblo en virtud de los vínculos estrechos con el mismo”<sup>12</sup>, ejemplo paradigmático de irracionalidad.

Se llegó así a una superada época, reviviendo la simbiosis entre Derecho y moralidad, pues “el Derecho es la moral”, afirmando HITLER que “el Estado total no debe conocer diferencia alguna entre la ley y la ética”, de manera que se hizo de la “identificación del Derecho y la moral un axioma”<sup>13</sup>, forma extrema de irracionalidad, cuyo fundamento es el todo y la indistinción sin consideración alguna para con las esencias formadoras de categorías diferenciales.

Los Estados Constitucionales modernos se organizan en forma de República, concepto que desde su más rancia tradición se ligaba indisoluble y esencialmente con el concepto de razón, según se aprecia en la obra *La República* del gran filósofo griego PLATÓN. De hecho, el concepto de justicia se presentaba en él como la cuarta virtud que armonizaba desde lo comunitario o social las otras tres virtudes individuales, como eran la sabiduría (filósofos), la fortaleza (guerreros) y la templanza (artesanos); empero, muy a pesar de que tal forma de ver las cosas podría desembocar en lo autoritario o totalitario, lo justo venía dado por la esencia racional del ser humano, en tanto dicho elemento, ayudado por la voluntad, controlaba los apetitos que desencadenaban las injusticias.

No podía ser menos, puesto que PLATÓN vinculaba el alma con el cerebro, con la virtud de la prudencia y con el estamento gobernante, regidos por la razón que faculta al hombre para el conocimiento y la realización del bien y la justicia.

Desde entonces la racionalidad y la razón han sido, tradicionalmente, las armas civilizadas contra las tiranías. Esa tradición griega, seguida por filósofos como ARISTÓTELES<sup>14</sup>, fue en cierta forma recuperada por la modernidad, que opuso a la tradición y a la religión del Antiguo Régimen la razón y el concepto de República.

---

12 Cfr. MÜLLER, INGO. *Los juristas del horror. La “Justicia” de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*, Bogotá, Librería Jurídica Álvaro Nora, 2009, pp. 97, 102, 104, 105, 109, 112, 123, 138, 214, 236, 244 y 245.

13 Cfr. MONERO PÉREZ, ob. cit., pp. 237, 244 y 245.

14 Las ideas de ciencia sistemática y conocimiento científico fueron claramente expuestas por ARISTÓTELES utilizando para las clasificaciones y divisiones un método de exposición fundado en la distinción de géneros y especies a partir de la observación de la naturaleza de las cosas como semejanzas y diferencias, caracteres comunes o genéricos y peculiaridades especiales, teniendo como punto de partida “la

Desde entonces el concepto de República se constituye en un imperativo de la razón para la apropiada y adecuada forma de organizar el Estado, a lo cual se recurre cada vez que se encuentran en peligro las formas democráticas de gobierno<sup>15</sup> y el ejercicio de los derechos fundamentales<sup>16</sup>. Es más, reconocidos tratadistas del Derecho Sancionador, como el Maestro argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, han utilizado como fundamento de crítica y soporte de la construcción doctrinal la idea de racionalidad que emana del concepto de “principio republicano”, lo que impone que todo ejercicio jurídico por parte del Estado debe responder a la racionalidad<sup>17</sup>.

La dogmática como ciencia heredó dicho pensamiento del iusnaturalismo racionalista moderno, donde las instituciones jurídicas se construyen y organizan a partir de la razón, la lógica, la deducción y la abstracción en la formación de conceptos, partiendo de su analogía y diferencias, agrupando los mismos en categorías ordenadas y signadas por series genéticas graduales<sup>18</sup>, de tal forma que se logre su sistematización en aras de la seguridad, solidez, coherencia, unidad y completud de la teoría<sup>19</sup>, en búsqueda de la justicia en la solución de los casos concretos. Fundamento básico de dicha y necesaria clasificación de conceptos es el encuentro y develación de la naturaleza jurídica de cada institución<sup>20</sup>, pues muchas veces, como también se predica de la historia y las instituciones culturales, “el sentido de todas las cosas suele estar oculto en el de las palabras”<sup>21</sup>.

Inicialmente el Estado moderno se ocupó, por virtud del ejercicio de la razón, de los aspectos normativos estructurales, sobre cuya base la dogmática jurídica explicaba las instituciones mediante el procedimiento de organización a partir de género y especies, y su construcción fundada en divisiones y clasificaciones entresacadas con base en semejanzas y diferencias, esencias y accidentalidades<sup>22</sup>, modelo francamente

---

Razón”; método expositivo este retomado por el iusnaturalismo racionalista y por la dogmática jurídica. Cfr. ARISTÓTELES. *Anatomía de los animales*, Buenos Aires, Editorial Schapire, 1945, pp. 9 y ss.

- 15 CASANOVA GUERRA, CARLOS AUGUSTO. *Racionalidad y justicia*, Mérida, Universidad de los Andes, 2004.
- 16 ARGÁEZ DE LOS SANTOS, JESÚS MANUEL. “Ética y política: construcción de la confianza en las instituciones públicas”, en *Razón y sentido de la República*, cit., pp. 44 y 45.
- 17 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y YUNGANO, MARTA AURORA. “Concepto de delito en el Código Penal colombiano”, en *Estudios de Derecho Penal*, homenaje a Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Cali, Colección Pequeño Foro, 1983, p. 183.
- 18 En cierto sentido, en términos generales, son pretensiones de todo estudio científico. Cfr. TIMASHEFF, NICHOLAS S. *La teoría sociológica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 22 y 23.
- 19 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *La dogmática jurídica como ciencia del Derecho. Sus especies penal y disciplinaria. Necesidad, semejanzas y diferencias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 97 y ss.
- 20 Paradigmática en dicho trabajo la sentencia C-899 de 2011, especialmente en fundamentos jurídicos 4.4. y 5.4.
- 21 ATTALI, JACQUES. *Los judíos, el mundo y el dinero. Historia económica del pueblo judío*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 14.
- 22 REALE, MIGUEL. *Filosofía del Derecho. Introducción filosófica general*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1979, pp. 63 y 64.

liberal cuyo énfasis de lo jurídico se soportaba casi exclusivamente en los aspectos formales<sup>23</sup>.

El Estado Social y Democrático de Derecho se funda también en dicha concepción<sup>24</sup>, entendiendo que la mejor forma de controlar el poder es garantizando su separación a nivel estructural, lo cual arroja como resultado un balance de pesos y contrapesos<sup>25</sup>; empero, no es menos cierto que inaugura la necesidad de contar con una profundización en los aspectos “funcionales” de las instituciones, con el fin de recuperar la sustancialidad de las mismas<sup>26</sup>.

WRÓBLEWSKI ha precisado que la ideología de la certeza, propia del Estado Liberal de Derecho, impone reglas legales con significado inmutable, por tanto preñadas de “valores estáticos”, generando una “ideología estática de interpretación legal”; por el contrario, en el Estado Social se impone una “ideología dinámica de la interpretación legal”, la cual se mueve en un contexto funcional, donde se constituye en “fuente de las valoraciones interpretativas, y determina la preferencia por las directivas funcionales y el fin básico de la interpretación, esto es, la mejor adaptación del derecho a las necesidades de la vida social”<sup>27</sup>.

Con fundamento en ello, teniendo como base el Derecho Comparado, pero especialmente la experiencia colombiana, creo que la autonomía e independencia del Derecho Disciplinario se predica:

- a) En forma relativa desde el punto de vista estructural, y
- b) En forma efectiva desde el punto de vista funcional.

Para ello resulta imprescindible considerar varias fenomenologías jurídicas que van insertas en la evolución del concepto de Estado y del Derecho, las cuales creo concentran la esencia y la explicación del estado actual de nuestra disciplina.

Los aspectos que a continuación se tratan van referidos, especialmente, a la concepción del Derecho Disciplinario que se tiene en Colombia, para lo cual se efectuarán las respectivas referencias doctrinales y jurisprudenciales, en especial aquella ingente, importante y significativa tarea realizada por su Corte Constitucional<sup>28</sup>.

---

23 Cfr. COMANDUCCI, PAOLO. *Constitución y Teoría del Derecho*, México, Fontamara, 2007, pp. 94 y 96.

24 CALSAMIGLIA, ALBERT. *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, México, Fontamara, 2003, p. 33.

25 Sentencia T-350 de 2011, en especial fundamentos jurídicos 4.2.6.3. y 7.4.

26 Cfr. CALVO GARCÍA, MANUEL. *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 52 y 62.

27 WRÓBLEWSKI, JERZY. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 72-77.

28 Todas las sentencias citadas en este trabajo se encuentran disponibles en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>].

## 1. ASPECTOS ESTRUCTURALES Y FUNCIONALES DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Es de resaltar que la Carta Política colombiana de 1991 organiza el Estado a partir del concepto de “República” fundada en “el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (art. 1º). Su artículo 2º señala como fines esenciales del Estado el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, el asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, y, a su vez, el artículo 4º proclama que la “Constitución es norma de normas”.

A partir de allí, enarbolando por demás el significado del concepto de “principio republicano”, encontramos suficientes elementos para la necesaria e imprescindible construcción de lo jurídico y lo justo a partir de “argumentos de razón”, dejando de lado los simples “argumentos de autoridad” que tanto perjuicio le hacen a las instituciones.

### 1.1. Diferentes concepciones en torno a la naturaleza del Derecho Disciplinario

Destáquense aquí las siguientes posturas.

#### 1.1.1. Posturas abandonadas contemporáneamente

Con base en estudios históricos sobre el nacimiento de la “relación especial de sujeción”, contraponiendo nuestra posición a la de GARCÍA MACHO, hemos postulado que sus orígenes podrían encontrarse no en la “relación de vasallaje” que surgía en la Alta Edad Media entre señor y siervo de la gleba, sino entre superiores jerárquicos y monjes por un lado, y maestros y aprendices, por el otro, en las instituciones medievales de las órdenes monásticas y los gremios de artesanos, en las cuales encontramos un orden jurídico diferencial del común y general, unas finalidades relacionadas con aspectos vinculados directa o indirectamente con asuntos estatales<sup>29</sup>; sin embargo, no es menos cierto que su valor actual sería meramente histórico, pues la Edad Media practicó un modelo de Estado teocéntrico, donde las ideas de racionalidad y razón no informaban las instituciones jurídicas, pues todo confluía en el Derecho Penal. Podría pensarse también que dicha naturaleza se predica de algunas manifestaciones institucionales de la Baja Edad Media, cuando adviene el ocaso de la misma y se transita hacia la modernidad<sup>30</sup>, pero es lo cierto que ante un poder monolítico y de expresión unidimensional es imposible hablar de una “relación especial de sujeción”.

29 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. “Sobre los orígenes de la relación especial de sujeción y sus repercusiones actuales”, en *Problemas centrales del Derecho Disciplinario*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario y Ediciones Nueva Jurídica, 2009.

30 Cfr. ISAZA SERRANO, CARLOS MARIO. *Teoría General del Derecho Disciplinario. Aspectos históricos, sustanciales y procesales*, Bogotá, Temis, 2009, pp. 3 y ss.

También se ha dicho que algunos afirman una naturaleza inherente al Derecho Civil, vinculada por el tipo de sanción pecuniaria y que se deriva de una relación contractual, surgiendo deberes del oficio y señorío de la administración, pudiendo esta compeler al trabajador mediante la acción pertinente derivada de la relación jurídica<sup>31</sup>. Creemos que, más bien, como toda organización comporta por necesidad de supervivencia un régimen de disciplina, el contacto con el Derecho Disciplinario podría encontrarse en la regulación de las personas jurídicas, y muy especialmente en la regulación dada por sus estatutos (arts. 73 y 633 a 652 CC colombiano, Ley 57 de 1887)<sup>32</sup>.

Muy seguramente, siguiendo la línea de pensamiento anterior, otros le atribuyen una naturaleza inherente al Derecho Laboral, el cual se desprendió, en cuanto rama del Derecho, del Derecho Civil, cuyo nacimiento se ubica en Colombia en el año de 1950 –dctos. 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951, compilados por el Dcto. Ley 3743 de 1950–. La figura jurídica del patrono y la relación de subordinación del trabajador, la organización del primero por medio de empresas, la terminación del contrato por justa causa, el reglamento de trabajo, sanciones disciplinarias, procedimiento para imponerlas y reglas sobre el mantenimiento del orden, son claras expresiones de disciplina (arts. 22 num. 1, 23 lit. b, 62, 63, 104 y 105 a 126 CST).

Como allí también se regulan las relaciones jurídicas surgidas de un contrato de trabajo celebrado entre el Estado y una persona natural, que toman el nombre de “Trabajadores Oficiales” (arts. 3 y 4 *ibíd.*), un sector del Derecho Laboral comprende una amplia gama de sujetos sometidos a la “relación especial de sujeción”<sup>33</sup>, por lo que ha primado, al menos formalmente, en cuanto al control contencioso administrativo de los actos administrativos disciplinarios que involucren a los mencionados y a los “Empleados Públicos”, una visión inserta en tal naturaleza, pues los tribunales contencioso administrativos conocen de los asuntos disciplinarios en sus respectivas salas laborales.

### *1.1.2. Posturas que animan la discusión actual*

En la actualidad se debate, principalmente, en torno a si el Derecho Disciplinario tiene naturaleza administrativa –visión administrativista–, fundada en la evolución de la “relación especial de sujeción” de naturaleza pública derivada del vínculo legal-reglamentario que surge entre Estado y trabajador por virtud del acto de nombramiento y posesión, o bien naturaleza penal –visión penalista–<sup>34</sup>, que surge históricamente

31 Cfr. ISAZA SERRANO, *ob. cit.*, p. 83.

32 El artículo 641 dispone: “Los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan”. El artículo 642, sobre “*facultades correccionales*”, concreta: “Toda corporación tiene sobre sus miembros el derecho de policía correccional que sus estatutos le confieran, y ejercerá este derecho en conformidad a ellos”.

33 Corte Constitucional, sentencia C-417 de 1993, f.j. 3. Ratificada por sentencias C-280 y C-341 de 1996.

34 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 51-142.



cuando adviene el Estado Constitucional de Derecho y se abandona la idea del “*volenti non fit inuria*” como sustento de la Teoría Clásica de la relación especial de sujeción<sup>35</sup>; empero, la tendencia de la doctrina y la jurisprudencia es por una consideración del Derecho Disciplinario como ciencia autónoma e independiente<sup>36</sup>.

## 1.2. Las categorías dogmáticas de “relación general de sujeción” y de “relación especial de sujeción”

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

Así se ha reconocido en el ámbito del Derecho Constitucional, pues, como dice HESSE con fundamento en la teoría de la relación especial de sujeción, las “relaciones derivadas de un estatuto especial y la regulación en la que cobran forma jurídica no podrían cumplir a menudo sus funciones en la vida de la Sociedad constituida, si se mantuviera para ellas el *estándar* general de los derechos fundamentales”<sup>37</sup>.

Tal distinción viene impuesta, en la Carta Política colombiana, por la regulación del comportamiento de la persona en vista de los derechos de los demás y el orden jurídico (arts. 6º, 16 y 29), y del referido a la conducta oficial de los servidores públicos (arts. 2º, 6º, 29, 118, 121, 122, 123, 124, 256 num. 3 y 277 num. 6) que da origen a las llamadas “relación general de sujeción” y “relación especial de sujeción”, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional<sup>38</sup>.

Modernamente la relación especial de sujeción se expresa en la categoría jurídica por medio de la cual se armonizan los principios del interés general, los fines del Estado, los

35 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y MOLANO LÓPEZ, MARIO ROBERTO. *La relación especial de sujeción. Estudios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 167-173.

36 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, cit., pp. 543 a 550. Son relevantes para el efecto las sentencias de la Corte Constitucional T-438 de 1992, C-417 de 1993, C-597 de 1996, C-769 de 1998, C-708 de 1999, C-725 de 2000, C-155 de 2002, C-181 de 2002, C-252 de 2003, C-948 de 2003 y C-014 de 2004.

37 HESSE, CONRADO. “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 111.

38 Corte Constitucional, sentencias C-417 de 1993, C-244 de 1996, C-286 de 1996, C-341 de 1996, C-280 de 1996, C-769 de 1998, C-708 de 1999, C-181 de 2002, C-252 de 2003, C-014 de 2004, C-252 de 2003, C-431 de 2004, T-1093 de 2004, C-819 de 2006, T-161 de 2009, C-614 de 2009, C-762 de 2009, C-763 de 2009 y C-242 de 2010. Últimamente, sentencias T-350 y C-899 de 2011.

principios de la función pública y el respeto por los derechos fundamentales y garantías de las personas, en el ámbito del Derecho Disciplinario de los servidores públicos (arts. 1º, 2º, 29, 85 y 209 C. Política)<sup>39</sup>.

Por ello la jurisprudencia constitucional ha reconocido que “la función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social”<sup>40</sup>, por lo cual el mismo solo puede ser utilizado como *ultima ratio*, “cuando las demás medidas no resulten efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico”; por tanto, el recurso al derecho penal queda limitado a la inexistencia o insuficiencia de otros medios para garantizar (su) protección efectiva”<sup>41</sup>, y de allí que quepa afirmar que “el derecho disciplinario no es un instrumento que opere como razón última para el control de la desviación”<sup>42</sup>.

### 1.3. Los conceptos de norma objetiva de valoración y de norma subjetiva de determinación

Lo injusto penal se funda en el quebrantamiento de una norma objetiva de valoración como criterio nuclear de la afectación del bien jurídico –antijuridicidad material–, y elemento fundante del injusto penal en Colombia es el desvalor de resultado, según se desprende del artículo 16 superior. El quebrantamiento de la norma subjetiva de determinación, esto es, el no conducirse de conformidad con los mandatos y prohibiciones penales, es asunto importante pero de menor valía, pues el desvalor de acción es un elemento cofundante del injusto penal<sup>43</sup>.

Por el contrario, al no ocuparse el Derecho Disciplinario de intereses jurídicos bajo la denominación dogmática de “bien jurídico”, el fundamento de su ilícito es el quebrantamiento sustancial de deberes funcionales (art. 5º Ley 734 de 2002), como se desprende de los artículos 6º, 118, 256 numeral 3 y 277 numeral 6 de la Carta Política,

39 Así la Corte Constitucional en sentencias C-038 de 1995, C-013 de 1997 y C-763 de 2009.

40 Corte Constitucional, sentencia C-144 de 1997. Por sentencia C-038 de 1995 demandó, en materias penales, la aplicación del principio de *ultima ratio*. Sin duda alguna también se refirió a otros principios conexos cuando señaló, en sentencia C-370 de 2002, que la tipificación penal de conductas solo puede tener legitimación constitucional cuando “afectan bienes jurídicos esenciales” –principio de subsidiariedad– y, además, cuando “afectan gravemente bienes jurídicos esenciales” –principio de fragmentariedad–.

41 Corte Constitucional, sentencias C-176 de 1994, C-118 de 1996, C-647 de 2001, C-233 de 2002, C-370 de 2002, C-897 de 2005 y C-335 de 2006.

42 Corte Constitucional, sentencia C-014 de 2004.

43 Cfr., para doctrina y jurisprudencia, GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. “Dogmática penal y teoría del injusto en el nuevo Código Penal”, en *Estudios de Dogmática en el nuevo Código Penal, Primera parte*, Bogotá, Giro Editores, 2005.

lo cual indica que el elemento fundante del ilícito disciplinario es el desvalor sustancial de acción<sup>44</sup>, sintomático de que el ilícito disciplinario se configura a partir del querantamiento de la norma subjetiva de determinación, como de manera contundente lo ha reconocido en tiempos recientes la Corte Constitucional<sup>45</sup>.

Por supuesto, tal juicio implica un entendimiento de la ilicitud sustancial como un doble juicio: “deontológico y axiológico”<sup>46</sup>.

#### **1.4. La importancia de valores colectivos y principios constitucionales en el Estado Social y Democrático de Derecho**

Sin duda alguna nuestro Estado se organiza como de Derecho, empero, el individualismo debe armonizarse con lo social, puesto que tal característica también es suya (art. 1º C. Política), dado que, según HERMANN HELLER, el “Derecho Social se basa en la idea social como integradora y no sustitutiva de la idea individual”<sup>47</sup>.

En dicho modelo estatal surgen, con significativa importancia, derechos fundamentales de naturaleza colectiva como la moralidad administrativa (arts. 88 y 92 del Capítulo 4 del Título II de la C. Política intitulado “*De la protección y aplicación de los derechos*”) y principios constitucionales como el que indica que los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad (art. 123 *ibíd.*) y que la función administrativa lo está al servicio de los intereses generales con fundamento en la moralidad, igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad (art. 209 *ibíd.*).

Por ello, dice la jurisprudencia constitucional, es que “la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo”<sup>48</sup>; esto es, “la potestad disciplinaria ha de ejercerse con atención a los principios de la función administrativa y del servicio público, como a los fines esenciales

44 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, cit., pp. 282-320, y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. “El Derecho Disciplinario en Colombia. Estado del arte”, en *Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Confederación Internacional de Derecho Disciplinario y Ediciones Nueva Jurídica, 2012. Son relevantes para el efecto las sentencias de la Corte Constitucional C-341 de 1996, C-708 de 1999, C-181 de 2002, C-373 de 2002, C-948 de 2002, T-161 de 2009, C-762 de 2009, C-763 de 2009 y C-242 de 2010.

45 Sentencia C-899 de 2011, ff.jj. 4.3.1. y 4.3.2.

46 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. “La ilicitud sustancial como un doble juicio: deontológico y axiológico”, en *Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano*, cit.

47 MONERO PÉREZ. *La defensa del Estado Social de Derecho*, cit., p. 68.

48 Corte Constitucional, sentencia T-161 de 2009.

del Estado”<sup>49</sup>, toda vez que, “en cuanto a sus finalidades, esta Corporación ha destacado que el derecho disciplinario se estructuró con la finalidad de asegurar el eficiente funcionamiento del aparato estatal, situación que justifica la existencia de un sistema de reglas para ejercer la actividad pública que responda a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad consagradas en el artículo 209 Superior”<sup>50</sup>.

Se explica así, pues, el concepto de ilicitud sustancial como infracción a los deberes funcionales, lo cual, como se puede apreciar, trasciende los aspectos estructurales normativos y se adentra en un Derecho concebido funcionalmente desde la perspectiva estatal asumida por la Carta Política.

### **1.5. El Derecho Sancionador como género y el Derecho Disciplinario como una de sus especies**

Este aspecto tiene claro anclaje en una concepción estructural del Derecho, empero, no es menos cierto que se ha logrado su refinamiento a partir de los aspectos funcionales del mismo, bajo la égida de la visión que se ha impuesto a partir de la noción de Estado Social y Democrático de Derecho<sup>51</sup>.

Si el Derecho Sancionador es el género, la relación de la Dogmática Disciplinaria con la Dogmática Penal se da de especie a especie, mediando un tránsito por el género que las cobija, puesto que de manera clara se ha dicho que la función del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos y la del Derecho Disciplinario el aseguramiento de los deberes funcionales.

Constitucionalmente dicha diferencia viene soportada por los fines y objetos de cada especie del Derecho Sancionador, como lo son el Derecho Penal, el Derecho Contravenacional, el *Impeachment*, el Derecho Correccional y el Derecho Disciplinario<sup>52</sup>, a partir de lo cual adquiere nuestra disciplina el rango de ciencia autónoma e independiente<sup>53</sup>. Aquí resulta relevante, como se puede ver, la distinción que se hace entre las especies Derecho Disciplinario y Derecho Contravenacional General o Derecho Sancionador Administrativo<sup>54</sup>, puesto que ello facilita el desarrollo y la comprensión autónoma

49 Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2010.

50 Corte Constitucional, sentencia C-763 de 2009. También sentencias T-350 y C-899 de 2011.

51 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, cit., pp. 166 y ss.

52 Corte Constitucional, sentencias C-195 de 1993, C-214 de 1994, C-280 de 1996, C-306 de 1996, C-597 de 1996, C-310 de 1997, C-554 de 2001, C-827 de 2001, C-406 de 2004, C-948 de 2002, C-818 de 2005, T-1034 de 2006 y T-068 de 2009.

53 Corte Constitucional, sentencias T-438 de 1992, C-769 de 1999, C-708 de 1999, C-155 de 2002, C-181 de 2002, C-252 de 2003 y C-948 de 2003. Últimamente, sentencias T-350 y C-899 de 2011.

54 Por ejemplo, para los desarrollos de un tema clave como el principio de culpabilidad en nuestra disciplina, cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, cit., pp. 118 y 119.

e independiente de nuestra disciplina, aspectos que en otras latitudes se encuentran mezclados o indivisos, lo que tal vez ha incidido de manera eficaz en los vertiginosos avances que ha tenido el Derecho Disciplinario en Colombia.

Empero, las categorías dogmáticas elaboradas por el Derecho Penal son aplicables al Derecho Disciplinario, obviamente, en cuanto se respete su propia identidad, lo que implica entender que tienen su propio sentido y contenido. Si bien en un principio se afirmó que las categorías penales se aplicaban también en Derecho Disciplinario<sup>55</sup>, la evolución de la jurisprudencia ha sido enfática en precisar que tal señalamiento solo lo es con respecto a su revestimiento, puesto que la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como sus respectivas subcategorías dogmáticas, tienen su propio sentido y contenido<sup>56</sup>; por ello, “en el ámbito administrativo y, específicamente, en el derecho disciplinario, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías constitucionales inherentes al debido proceso, *mutatis mutandi*, se aplican a los procedimientos disciplinarios, dado que éstos constituyen una manifestación del poder punitivo del Estado<sup>57</sup>. Sin embargo, su aplicación se modula para adecuar el ejercicio del poder disciplinario a la naturaleza y objeto del derecho disciplinario<sup>58</sup> y, especialmente, al interés público y a los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad que informan la función administrativa”<sup>59</sup>.

## 2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. FISONOMÍA DE SU AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA

De manera reiterada y pacífica, en términos generales, se ha dicho cuanto sigue<sup>60</sup>.

55 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencias de 10 de febrero de 1993 y 7 de marzo 7 de 1985.

56 La especificidad del Derecho Penal ha sido resaltada por la Corte Constitucional en sentencias C-176 de 1994, C-118 de 1996, C-647 de 2001, C-233 de 2002, C-370 de 2002, C-252 de 2003 y C-897 de 2005. Muy especialmente en la sentencia C-242 de 2010.

57 Al respecto, cfr. sentencias T-146 de 1993, C-244 de 1996, C-386 de 1996, C-679 de 1996, C-769 de 1998 y C-181 de 2002, entre otras.

58 Así, la Corte ha expuesto: “La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías –quedando a salvo su núcleo esencial– en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido”: sentencia C-181 de 2002.

59 Sentencias C-095 de 2003, T-438 de 1992, C-195 de 1993, C-244 de 1996 y C-280 de 1996. Reiteradas por sentencias T-161 de 2009 y C-242 de 2010.

60 Sentencia T-350 de 2011.

## Características del Derecho Disciplinario a la luz de la jurisprudencia constitucional

1. Para la jurisprudencia constitucional, desde su inicio, “el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan”<sup>61</sup>. Para la Corte, ésta es una de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, por lo cual su mantenimiento “no solamente constituye *derecho* sino que es ante todo *deber* del Estado”<sup>62</sup>. Así, “el derecho disciplinario es [...] consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas”<sup>63</sup>. Esta posición ha sido reiterada por la jurisprudencia<sup>64</sup>.

El fundamento de las investigaciones disciplinarias, para la jurisprudencia constitucional, es “[la] necesidad de realizar los fines estatales que le impone un sentido al ejercicio de la función pública por las autoridades. Éstas deben cumplir la Constitución y la ley, ponerse al servicio de los intereses generales, desarrollar los principios de la función administrativa y desempeñar para ello los deberes que les incumben. Una actitud contraria de las autoridades lesiona tales deberes funcionales. Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario. De allí que la antijuridicidad de la falta disciplinaria remita a la infracción sustancial del deber funcional a cargo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas”<sup>65</sup>.

---

61 Corte Constitucional, sentencia C-417 de 1993, MP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. En este caso se resolvió una acción pública de inconstitucionalidad en contra de normas que confieren competencia en procesos disciplinarios a los funcionarios y empleados de la rama judicial.

62 Corte Constitucional, sentencia C-417 de 1993, MP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

63 *Ibíd.*

64 Entre otras, por ejemplo, ver la sentencia C-181 de 2002, MP: MARCO GERARDO MONROY CABRA; SPV: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, ÁLVARO TAFUR GALVIS; en este caso se resolvió una demanda en contra de varios artículos de la Ley 200 de 1995.

65 Corte Constitucional, sentencia C-252 de 2003, MP: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. En este caso se estudió una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 48, numeral 48, y 51, inciso 3°, de la Ley 734 de 2002. Al respecto se dijo: “Una indagación por los fundamentos de la imputación disciplinaria remite a los fines esenciales del Estado pues una democracia constitucional como la colombiana, no obstante las imperfecciones que puedan advertírsele y las múltiples limitaciones con que se cuenta para darle cabal desarrollo, está concebida, entre otras cosas, para servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar a todas las personas la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

2. Con relación a los principios y características de esta área del Derecho, la jurisprudencia ha sostenido que “el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y *non bis in idem*, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza”<sup>66</sup>.

3. También ha indicado la jurisprudencia que el derecho disciplinario “comprende, por una parte, el poder disciplinario, es decir, la facultad que hace parte del poder sancionador del Estado, en virtud de la cual aquél está legitimado para tipificar las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los servidores públicos y los particulares que cumplen funciones públicas y las sanciones correspondientes. De otro lado, el derecho disciplinario, en sentido positivo, comprende el conjunto de normas a través de las cuales se ejerce el poder disciplinario. / De este modo, el derecho disciplinario, entendido como facultad estatal y como legislación positiva, está estrechamente relacionado con los fines estatales, con las funciones de las autoridades públicas, con los principios de la administración pública y, además, se rige, con las debidas matizaciones, por los principios que regulan toda expresión del derecho sancionador del Estado”<sup>67</sup>.

La estructura de la responsabilidad disciplinaria tiene como rasgos propios, muy a pesar de que las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad también se aplican, las siguientes peculiaridades.

## 2.1. El abandono del concepto de acción desde el punto de vista naturalístico

El concepto de conducta para el Derecho Disciplinario no viene modelado por teorías naturalísticas de la acción como las causales y finales, pues resulta irrelevante su manifestación externa, importando solo el comportamiento oficial frente a lo ordenado por el orden jurídico. La importancia genética de la infracción a los deberes funcionales es asunto que, ante los casos concretos que se juzguen, determinan fáctica pero no jurídicamente si se imputa por acción o por omisión, pues, indistintamente, una y otra son manifestaciones de la infracción a los dichos deberes, de tal manera que resulta fácil constatar que un tipo disciplinario puede realizarse o cometerse por acción o por omisión<sup>68</sup>.

---

66 Corte Constitucional, sentencia C-252 de 2003, MP: Jaime Córdoba Triviño.

67 Corte Constitucional, sentencia C-014 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño; AV: JAIME ARAÚJO RENTERÍA. En este caso se estudió la constitucionalidad parcial de cinco normas –dos de ellas por la demanda y tres por integración normativa–.

68 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, cit., pp. 324 y ss. También en GÓMEZ

## 2.2. La inexistencia de la inimputabilidad

Solo quien tenga capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de autodeterminarse conforme a dicha comprensión puede ser sujeto de Derecho Disciplinario, pues a nadie se le puede enrostrar la infracción a un deber funcional si no tiene facultades de comprensión valorativa y autodominio de la voluntad. Lo contrario sería exigirle lo imposible<sup>69</sup>.

## 2.3. Los tipos disciplinarios abiertos y en blanco<sup>70</sup>, de sujeto activo calificado

El Derecho Penal se ocupa del postulado constitucional básico según el cual “los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido”, fundamento de la relación general de sujeción, para lo cual la ley penal crea tipos cerrados por norma general, pues señalando los “hechos prohibidos”, obviamente todo lo demás es permitido. Por el contrario, en materia disciplinaria se desarrolla el postulado según el cual “los servidores públicos sólo pueden hacer lo que les está mandado o autorizado”, aspecto que no es posible regularlo a través de la fijación de supuestos fácticos, por lo que la forma de desarrollar la tipicidad tiene que ver con la formulación de hipótesis de infracción jurídica de deberes, razón por la cual sería imposible cumplir con dicha misión de control al poder estatal que reclama el Estado de Derecho si los tipos disciplinarios no fueran, por norma general, abiertos y en blanco<sup>71</sup>.

Por la misma razón, necesaria e imprescindiblemente, los tipos disciplinarios son de sujeto activo determinado, pues expresan el quebrantamiento de deberes funcionales por parte de servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas, sometidos a las relaciones especiales de sujeción<sup>72</sup>.

## 2.4. El concepto de ilicitud sustancial

Ya, en lo fundamental, se encuentra desarrollado. Solo cabe decir que, desde el punto de vista dogmático y en pos de la seguridad y certeza jurídica, se tiene el deber de precisar que lo ilícito sustancial requiere la comprobación del quebrantamiento de deberes funcionales –arts. 4º, 5º, 22, 23 y 27 Ley 734 de 2002–, lo cual demanda, de conformidad con los artículos 121, 122 y 123 superiores, que los mismos tengan reconocimiento

---

PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. “Prescripción de la acción disciplinaria”, en *Problemas centrales del Derecho Disciplinario*, cit., pp. 179 y ss.

69 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, cit., pp. 423 y ss.

70 Últimamente, sentencia C-030 de 2012.

71 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, cit., pp. 328 y ss.

72 Cfr. *ibíd.*, pp. 346 y ss. También, GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. “Delegación y posición de garante. Responsabilidad disciplinaria del delegante y del delegado”, en *Problemas centrales del Derecho Disciplinario*, cit., pp. 321 y ss.



expreso en la Constitución, la ley o los reglamentos, lo que cubre las deficiencias que puedan originar los tipos abiertos o en blanco.

## **2.5. La culpabilidad disciplinaria y el sistema de incriminación de la imprudencia del “*numerus apertus*”**

El artículo 13 de la Ley 734 de 2002, sobre el principio de culpabilidad, señala que “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo y culpa”.

A su vez, el artículo 5º de la Ley 1123 de 2007, desarrollando el mismo principio, establece que “en materia disciplinaria sólo se podrá imponer sanción por faltas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

Se echa de menos, por cuanto la naturaleza de la incriminación responde a otros principios, una norma como la consignada en el Código Penal según la cual “la culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados en la ley”, al referirse a las “modalidades de la conducta”<sup>73</sup>.

Como elemento definitorio se ha estimado “la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal”<sup>74</sup>.

Ya la Corte Constitucional había dicho, previamente, que la Ley 734 de 2002 ha adoptado un sistema de *numerus apertus* en la imputación culposa, toda vez que “en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones como a sabiendas, de mala fe, con intención, etc.”<sup>75</sup>. Esto es, “la determinación de si un comportamiento puede ser ejecutado a título de dolo o culpa depende de la naturaleza misma del comportamiento [...]. De allí que sea la propia ontología de la falta la que determina si la acción puede ser cometida a título de dolo o culpa”<sup>76</sup>.

---

73 GÓMEZ PAVAJEAU. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, cit., pp. 446 y ss. Para el efecto y su problemática cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. “Peligros de revivir el *versari in re illicita* por un inadecuado manejo del sistema de incriminación de la culpa *numerus apertus*”, en *Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano*, cit., pp. 191 y ss.

74 Corte Constitucional, sentencia C-948 de 2002. Reiterada por sentencia T-161 de 2009.

75 Corte Constitucional, sentencia C-155 de 2002.

76 Corte Constitucional, sentencia C-181 de 2002.

Dicha conceptualización se ha ligado, de manera necesaria, con la técnica de tipificación en blanco, lo cual implica unos márgenes mayores, en cabeza del juez disciplinario, para los efectos de la adecuación típica.

## **2.5. La estratificación dual del análisis de los componentes de la responsabilidad disciplinaria**

Finalmente, la particular forma de presentación que tiene la tipicidad y la antijuridicidad en Derecho Disciplinario, conduce a que, desde un punto de vista lógico-material, resulte imposible la separación de tipicidad y antijuridicidad. De tal manera que la falta disciplinaria tendrá que definirse como conducta típicamente antijurídica y culpable<sup>77</sup>, con lo cual se asegura el cumplimiento de sus particularidades y el respeto por las garantías y derechos constitucionales.

---

77 Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, cit., pp. 390-415.