

**EL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO DEL CÓDIGO DISCIPLINARIO
ÚNICO Y LA OBLIGATORIEDAD DE SU TRÁMITE EN LOS CASOS
CONSAGRADOS EN LA LEY**

MARIO BARRAGÁN PACHÓN

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA**

2009

**EL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO DEL CÓDIGO DISCIPLINARIO
ÚNICO Y LA OBLIGATORIEDAD DE SU TRÁMITE EN LOS CASOS
CONSAGRADOS EN LA LEY**

MARIO BARRAGÁN PACHÓN

Monografía para optar al título de Abogado

Director

JAVIER ALEJANDRO ACEVEDO GUERRERO

Magíster en Derecho

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

BUCARAMANGA

2009

Al Creador Supremo, quien brinda y cuida nuestra vida y felicidad.

A mis padres Juan y Martha, constante apoyo, ejemplo humano antes que nada, a quienes debo todo lo que soy.

A mis hermanos Javier y Vladimir, quien desde la eternidad guían mis pasos.

A Andrea Carolina, mi compañera incondicional y motivo de mis alegrías.

A mis compañeras de Universidad, quienes más han confiado en mis capacidades durante este viaje.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos a

Dr. Javier Alejandro Acevedo Guerrero, director de la Monografía por su colaboración, invaluable apoyo y sobre todo por la confianza depositada.

Dr. Javier Octavio Trillos, jefe de control interno disciplinario de la Universidad Industrial de Santander y Dr. Carmelo Tadeo Mendoza, Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bucaramanga, por sus aportes e indicaciones tanto a la investigación como al gusto y pasión por el derecho disciplinario.

Dr. René Álvarez Orozco, Docente de Investigación de la Escuela de Derecho y Dr. José Horacio Rosales Cueva por su colaboración para hacer de la presentación de mi monografía jurídica y de mi grado como abogado una realidad.

Dr. Eduardo Muñoz Serpa, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Dr. Eriberto Sánchez Bayona, Dr. Luis Francisco Casas Farfán, Dr. Samuel Serrano Becerra y Dr. Raúl Pacheco Blanco, ejemplares docentes y por encima de todo maestros de vida.

“Todas las personas deben ser juzgadas con la observancia de las formas propias de cada juicio (Constitución Nacional artículo 29). Tal mandato tiene que cumplirse por encima de la voluntad de las partes y del juez”

(Corte Constitucional, sentencia C-407 de 1997)

“De tal suerte que, al sujeto disciplinado le asiste el derecho a conocer, ab initio, cuál va a ser el trámite que se va a seguir en su caso. No contar con esa certeza viola, sin lugar a dudas, el derecho al debido proceso administrativo”

(Corte Constitucional, sentencia C-1076 de 2002)

“El Procedimiento Verbal disciplinario significa el trámite de un proceso con menos ritos pero con respeto a ultranza de las garantías intangibles”

(Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Fernando Reyes Cuartas, p. 168)

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO	6
1.1 FUNDAMENTOS DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y PARTICULARES QUE DESEMPEÑAN TRANSITORIAMENTE FUNCIONES PÚBLICAS	6
1.1.1 Las relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos	7
1.1.2 El Deber Funcional	12
1.2 EL DERECHO DISCIPLINARIO	13
1.2.1 Naturaleza y autonomía del derecho disciplinario	15
1.2.2 Fundamentos Constitucionales del Derecho Disciplinario	19
1.2.3 La Potestad Disciplinaria	22
1.2.4 Breve referencia a la dogmática general de la responsabilidad disciplinaria	25
2. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO	29
2.1 EL PROCESO COMO APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN	29
2.1.1 Proceso y Procedimiento	30
2.2 FUNDAMENTOS DEL PROCESO DISCIPLINARIO	31
2.2.1 Fundamentos constitucionales del proceso disciplinario	31
2.2.2 Fundamentos Procesales y administrativos del Proceso Disciplinario	34
2.3 LA ACCIÓN DISCIPLINARIA	35
2.3.1 COMPETENCIA EN MATERIA DISCIPLINARIA	37

2.4 ETAPAS DEL PROCESO DISCIPLINARIO	38
2.4.1 Noticia de la falta y valoración	38
2.4.2 La Indagación preliminar	40
2.4.3 Investigación Disciplinaria	41
2.4.4 Evaluación o calificación de la investigación y Pliego de Cargos	43
2.4.5 Etapa de Juzgamiento: Etapa probatoria y alegatos de conclusión	45
2.4.6 Fallo y Recursos	47
2.5 CLASES DE PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS	48
2.5.1 Procedimiento Ordinario	48
2.5.2 Procedimiento Verbal	49
2.5.3 Procedimiento Especial ante el Procurador General de la Nación	50
3. EL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO	51
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO	51
3.1.2 Procedimiento verbal disciplinario en la Ley 200 de 1995	52
3.1.3 Procedimiento verbal disciplinario en la Ley 734 de 2002	54
3.2 FUNDAMENTOS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO	57
3.3 GARANTÍAS FUNDAMENTALES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO	66
3.4 CASOS EN QUE DEBE SEGUIRSE EL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO DE LA LEY 734 DE 2002	68
3.4.1. Flagrancia	69
3.4.2 Confesión	69
3.4.3 Faltas leves	70
3.4.4 Faltas gravísimas enunciadas en el inciso 2º del artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002	70

3.4.5 Cuando al momento de valorar sobre la decisión de apertura de la investigación ya estén dados todos los requisitos sustanciales para proferir el pliego de cargos	71
3.5 CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO	72
3.5.1 Trámites y etapas específicas del procedimiento verbal disciplinario	73
4. LA OBLIGATORIEDAD DE SEGUIR EL TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO	75
4.1 EL DEBIDO PROCESO	75
4.1.1 Principio de Legalidad	77
4.1.2 Las Formas Propias de cada Juicio	86
4.2 LAS NORMAS PROCESALES Y SU NATURALEZA	90
4.2.1 El principio de reserva de ley en materia de normas procesales	91
4.3 LA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE LOS DESTINATARIOS DE LA NORMA PROCESAL	94
4.3.1 Seguridad jurídica	97
4.3.2 Garantías Fundamentales y Legítima Expectativa del proceso: derecho a la igualdad ante la ley	98
4.4 LA OBLIGATORIEDAD PARA EL OPERADOR JURÍDICO DISCIPLINARIO	101
4.4.1 Postulado del garantismo en el procedimiento ordinario	105
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFÍA	114
ANEXOS	117

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
Anexo A. Consecuencias jurídicas de no tramitarse el procedimiento verbal disciplinario en los casos estipulados por la Ley	118
Anexo B. Breve aproximación a las vicisitudes de la implementación práctica del procedimiento verbal disciplinario	128

RESUMEN

TÍTULO: EL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO DEL CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO Y LA OBLIGATORIEDAD DE SU TRÁMITE EN LOS CASOS CONSAGRADOS EN LA LEY*

AUTOR: MARIO BARRAGÁN PACHÓN**

PALABRAS CLAVES: Derecho disciplinario, proceso disciplinario, procedimiento verbal, debido proceso, formas propias de cada juicio, principio de legalidad.

DESCRIPCIÓN:

La ley 734 de 2002 creó el procedimiento verbal disciplinario como un procedimiento especial para la investigación de las conductas de los servidores públicos. Este procedimiento se consagró para ser surtido en ciertos casos taxativamente estipulados en la ley. Sin embargo, los operadores jurídicos disciplinarios no han seguido el trámite verbal para estos casos presentándose el fenómeno que llamado *migración* hacia el procedimiento ordinario disciplinario. Esta actuación de los operadores jurídicos disciplinarios implica que cuando debe seguirse el trámite del procedimiento verbal para la investigación disciplinaria de un servidor público puede terminar surtiéndose el trámite ordinario. El procedimiento verbal fue consagrado con fundamento en los principios constitucionales y administrativos de oralidad, celeridad, eficiencia, eficacia, concentración, publicidad e intermediación. Al tramitarse por el procedimiento ordinario una situación destinada por la ley al trámite verbal se están violando los fundamentos legislativos propios de dicho procedimiento. La obligatoriedad de seguir este trámite verbal no tiene una solución legal ni jurisprudencial, tampoco ha sido abordada por la doctrina jurídica, lo cual justifica dicho problema jurídico. Con base en un estudio sistemático de las diversas implicaciones del derecho constitucional al debido proceso y sus garantías, se da respuesta a este problema jurídico, estableciéndose que para el operador jurídico disciplinario seguir el procedimiento verbal en los casos consagrados en la ley no es facultativo sino obligatorio, de lo contrario estará violando el debido proceso en su principio de legalidad, las formas propias de cada juicio, la tipicidad de los procedimientos, la garantía de la seguridad jurídica y el principio mismo de reserva de ley en materia disciplinaria.

* Monografía Jurídica

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Javier Alejandro Acevedo Guerrero

ABSTRACT

TITLE: THE PROCEDURE VERBAL DISCIPLINARIAN OF THE UNIQUE DISCIPLINARY CODE AND THE OBLIGATORY OF THEIR STEP IN THE CONSECRATED CASES IN THE LAW*

AUTHOR: MARIO BARRAGÁN PACHÓN**

KEY WORDS: Disciplinary law, verbal procedure, due process, proper ways of each trial, disciplinary trial, principle of legality.

DESCRIPTION:

The law 734 of 2002 developed the disciplinary verbal procedure as a special procedure to research the behavior of public servants. This procedure was made to take effect in certain and precise cases stipulated in law. However, the disciplinary judges have not kept this procedure in those cases, appearing the phenomenon called *migration* to disciplinary common procedure. This conduct of disciplinary judges implies that when the verbal procedure has to be processed for the disciplinary investigation of a public servant, the common procedure can be chosen for processing. The verbal procedure was established by founding in constitutional and administrative principles of: orality, expeditiousness, efficiency, efficacy, concentration, publicity and inmediateation. When processing by the common procedure a case with legal destination to be processed by verbal procedure, the legislative foundations of this one procedure are being violated. The obligation of follow this procedure has no legal basis or law precedent nor have been discussed for legal doctrine which justifies that legal problem. Based on a systematic research of different implications of constitutional right to due process and its legal protections, it's given an answer to this legal problem, establishing that it is not optional but compulsory for the disciplinary judge to process the verbal procedure in the legal cases, otherwise the due process would be being violated in its principle of legality, proper ways of each trial, procedures' categorization, legal certainty and the principle of legal exclusivity in disciplinary law matters.

* Legal Monograph

** Faculty of Human Sciences. Law and Political Science School. Director: Javier Alejandro Acevedo Guerrero

INTRODUCCIÓN

El control de la actividad de la Administración es la base de un Estado de derecho, las vías jurídicas para permitir el sometimiento de los funcionarios públicos a la Ley son las que dan garantía del ejercicio legítimo de la soberanía por parte del Estado. La actividad de la Administración que se pretende controlar no es más que la actividad de los funcionarios públicos que dinamizan la función pública, que son quienes materializan en la realidad el cumplimiento de los fines del Estado. Los controles legales existentes y que operan para la generalidad de los administrados, para todos los miembros de la comunidad están basados sobre principios de respeto a las libertades del otro y a las garantías constitucionalmente consagradas, las cuales no son más que reflejo de los principios mismos que informan la dignidad de la persona; por otra parte, la relación de los Funcionarios Públicos con la Administración es una relación de una naturaleza distinta, pues esta basada sobre la función pública que estas personas cumplen, con los fines de interés general que los informan, creándose una especial relación de sujeción respecto de dichos funcionarios con el Estado. Este es el primer fundamento de la existencia de controles especiales para la conducta de quienes cumplen función pública, consecuencia de lo anterior es la existencia de la normatividad disciplinaria, que se ocupa de regular la conducta de los servidores públicos y en general de quienes ejercen función pública para asegurarse de que todos sus comportamientos y actividades en desarrollo de dicha función y siguiendo los mandatos constitucionales van a estar enfocados al logro de los fines del Estado y enmarcados en el respeto de la constitución y la ley y el cumplimiento de los principios de la actividad administrativa. Esta es la forma de autocontrol que la ley ofrece al Estado cuando de cuidar la conducta de sus funcionarios se trata y para lograr salvaguardar la moralidad de la Administración.

En desarrollo de la consagración de la normatividad disciplinaria, la actividad legislativa, en diferentes intentos, ha concentrado la mayoría de sus disposiciones permitiendo que las normas que regulan la actividad disciplinaria y sancionan el incumplimiento de sus deberes y funciones, estén organizadas en un solo cuerpo normativo, el Código Disciplinario Único, que pretende crear no solo una ley que encierre las disposiciones pertinentes sino que además vaya dando forma a una dogmática propia del derecho disciplinario. En el ejercicio del poder público del Estado aplicado a la capacidad de sancionar la normatividad disciplinaria se han consagrado especiales vías procesales para adelantar las investigaciones contra servidores públicos y con garantía de los derechos fundamentales imponer una sanción disciplinaria si es el caso. El legislador, en desarrollo de su libertad de configuración en materia procesal y buscando realizar principios de inmediación, concentración, publicidad, eficacia y sobre todo celeridad, consagró en la Ley 734 de 2002, el más reciente Código Disciplinario, un catálogo taxativo de situaciones fácticas y jurídicas constitutivas de ilícitos disciplinarios, para las cuales debe tramitarse un procedimiento especial de estirpe oral y con especial simplicidad en su desenvolvimiento y términos más cortos, el procedimiento verbal disciplinario.

La importancia de la consagración de esta vía procedimental para la investigación de las conductas de los servidores públicos que pueden constituir falta disciplinaria radica en que brinda efectivas respuestas a la necesidad de una justicia administrativa más eficaz en términos de prontitud de la situación jurídica de los implicados y que dinamice las actividades procesales, permitiendo un mayor conocimiento del asunto a tratar por parte del director del proceso, el operador jurídico disciplinario, sin descuidar las garantías constitucionales de defensa y debido proceso. El conocimiento de las normas específicas que regulan esta clase de procedimiento permite para los funcionarios competentes de adelantar las investigaciones disciplinarias materializar en la práctica los principios orientadores de la consagración legal de esta vía procesal, algo que en la práctica no se ha logrado a cabalidad, ya que la aplicación que se ha dado de este procedimiento para el trámite de las investigaciones disciplinarias ha sido significativamente bajo

en todas las entidades y órganos encargados de ejercer la acción disciplinaria. Pero, teniendo en cuenta que la ley taxativamente determina los casos que deben ser tramitados para su investigación y juzgamiento por esta vía procedimental, no se entiende cuál puede ser la razón de que no se lleven a cabo en la práctica procedimientos verbales en el número que dichos supuestos fácticos se presenta.

Este fenómeno, que se ha permitido llamar *migración* del procedimiento verbal hacia el procedimiento ordinario disciplinario, afecta en grave medida los principios constitucionales relativos al debido proceso y las garantías de las personas implicadas en el proceso. Si bien la práctica forense disciplinaria ha venido presentando este fenómeno, no se ha hecho hasta ahora ningún estudio doctrinal ni jurisprudencial respecto de si existe o no obligación jurídica que haga de la aplicación del procedimiento verbal disciplinario una disposición vinculante para os operadores jurídicos. El presente estudio es un análisis tanto de los presupuestos dogmáticos del procedimiento verbal disciplinario como de la obligatoriedad de su trámite, permitiendo así conocer con más profundidad, no solo los aspectos formales de su trámite, sino la razón de su consagración y las normas superiores y principios que lo informan para así entender si las disposiciones legales que determinan los casos en que debe seguirse este procedimiento, son o no de obligatorio cumplimiento para las partes del proceso y su *juez natural*, el operador jurídico disciplinario. No se pretende considerar este trabajo único en su especie, pero si se considera que es una aproximación seria al problema del trámite de del procedimiento verbal disciplinario, aspecto que ha sido casi completamente librado al azar permitiéndose tácitamente que sea simplemente una facultad del competente disciplinario; el presente objeto de estudio se centra en estudiar, descubrir y aportar razones de fundamento sobre la obligatoriedad del trámite del procedimiento verbal disciplinario del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 en los casos allí mismos consagrados, escapando por completo al objeto del presente estudio aspectos procedimentales específicos del procesos disciplinario u otros problemas dogmáticos que han podido haberse presentado en la práctica

de la ley disciplinaria, los cuales sin duda alguna serán de gran importancia para la discusión académica pero ajenos a nuestro objeto de estudio.

El presente trabajo de investigación, si bien parte de un problema enseñado por la práctica forense de la ley disciplinaria, pretende brindar fundamentos, razones y respuestas teóricas al mismo, con herramientas doctrinales y jurisprudenciales, tanto de índole constitucional como legal y sin dejar de lado la disertación lógico jurídica, por lo tanto el aspecto práctico del mismo será solamente referido pero no objeto fundamental del mismo. El aporte principal del estudio que se presenta es ofrecer herramientas legales para tomar posición con respecto a la obligatoriedad del trámite del procedimiento verbal en el proceso disciplinario, tema completamente novedoso dentro de la literatura jurídica y que hasta ahora no ha sido abordado directamente por la jurisprudencia en la materia, existiendo igualmente completa ausencia de referencias doctrinales profundas o serias al respecto; se pretende con ello brindar una respuesta congruentemente sustentada al problema, explorando diferentes aspectos jurídicos y teniendo siempre como base las normas constitucionales y los principios procesales. Constituye esto igualmente un aporte a la creación y conformación de una dogmática propias del derecho disciplinario y se abre así una puerta más a la discusión jurídica de la materia.

No se pasa por alto las problemáticas específicas que la práctica ha ofrecido al trámite del procedimiento disciplinario, tema que si bien no es el objeto del presente estudio, vale la pena ser mencionado, por lo cual se incluye en este trabajo sendos anexos que refieren tanto a dichos problemas dogmáticos y prácticos, como a las posibles consecuencias jurídicas de seguirse un procedimiento disciplinario diferente en los casos en que la ley consagra el trámite del procedimiento verbal para dar una visión completa que permita entender la aplicación material y efectiva de los temas aquí tratados.

Con amplia confianza en el aporte académico y jurídico al campo procesal y disciplinario que se realiza con este trabajo, se presenta al lector un estudio serio, sistemático y congruente del tema del procedimiento verbal disciplinario en el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 y la obligatoriedad de su trámite, tema completamente novedoso dentro del campo de las disertaciones jurídicas y que pretende brindar herramientas jurídicas que solucionen problemas de la práctica forense y que permita a funcionarios y estudiosos de la materia un referente bien fundamentado sobre la actividad de los operadores jurídicos disciplinarios al respecto y coadyuve en la creación de un derecho disciplinario autónomo, en el contante mejoramiento de los conocimientos jurídicos aplicables en la práctica y en la conservación incólume de los principios que deben guiar la actividad del Estado y la labor de administrar justicia en nuestro país como bases necesarias para una sociedad justa y una convivencia pacífica, fines últimos de la institución del derecho.

1. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO

1.1 FUNDAMENTOS DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y PARTICULARES QUE DESEMPEÑAN TRANSITORIAMENTE FUNCIONES PÚBLICAS

La responsabilidad que puede predicarse de las personas que desempeñan funciones públicas, sea de forma permanente o transitoria, tiene su razón de ser en diferentes institutos jurídicos que surgen precisamente de la calidad de funciones que desempeñan y del interés general que persiguen las actividades de la Administración que en últimas ellos dinamizan. Estos institutos jurídicos han tenido un menor o mayor grado de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, y aún hoy día se encuentran en construcción. En específico, la responsabilidad disciplinaria se puede predicar de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas por la violación de sus deberes funcionales, deberes que tienen en virtud de la especial relación de sujeción en la cual se encuentran con el Estado, al cual le deben, en principio, una fidelidad y obediencia especial por se ellos a quienes les corresponde el cumplimiento efectivo de los fines del Estado.

1.1.1 Las relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos

La teoría o categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción¹ cobra vital importancia para el desarrollo del derecho disciplinario pues es ella la que explica la razón de ser del mismo. Es en virtud de dicha teoría que los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas están sometidos a un régimen legal y reglamentario especial, que limita en cierta medida sus derechos, libertades y garantías fundamentales y que permite exigir de ellos una conducta específica con una finalidad determinada, y como consecuencia de su eventual incumplimiento, permite imponer sanciones a su comportamiento.

▪ Antecedentes Históricos

El primer referente directo que podemos encontrar de la teoría de las relaciones especiales de sujeción lo encontramos en la edad media, en aquella vinculación especial que existía en el feudalismo entre el Señor y el Vasallo con base en vínculos familiares y personales, en la cual el vasallo juraba fidelidad a su Señor a cambio de la protección que éste le prometía brindar. Para finales del siglo XVIII con posterioridad a la revolución francesa, comienza a construirse el concepto de república, proceso que tardó más en la surgente nación alemana de la época, donde tomó forma una monarquía constitucional que dividía el poder del Estado en el monarca y el parlamento presentándose todavía una desigualdad entre quienes detentan el poder y los destinatarios de éste. Entre este monarca y los funcionarios de su administración existía una relación especial de poder, ya que el primero podía disponer con completa libertad de mando sobre los segundos, ejerciendo la *administración* todo su poder con amplitud².

¹ Si bien el desarrollo inicial de esta categoría dogmática correspondió a la teoría jurídica alemana, nos guiamos para su estudio en la práctica colombiana de los autores GÓMEZ PAVAJEAU Y FORERO SALCEDO, quienes han estudiado ampliamente su aplicación en la teoría disciplinaria del derecho disciplinario colombiano.

² Relación que fue catalogada como una “*relación de servicio de derecho público*” por el alemán OTTO MAYER, citado por GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. en Dogmática del derecho disciplinario, 3ª Edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2004, p. 139

Según la Teoría Clásica de las Relaciones Especiales de Sujeción³, la idea de *voluntad* era la que soportaba la teoría de las relaciones especiales de sujeción en el ámbito del Estado liberal, ya que se pensaba que en el momento en que el funcionario público aceptaba el cargo recibía de él todas sus consecuencias con conocimiento de causa, por lo cual no podía como tal sufrir *perjuicios*, lo cual mantiene el concepto de la figura pero con un alcance menguado excluyéndose la amplia potestad de la Administración Pública con respecto al funcionario público. El espíritu del Estado intervencionista alentó la figura de las relaciones especiales de sujeción ya que en desarrollo de su modelo político – económico (que buscaba no solo la prevención de peligros sino la prestación de bienestar), la Administración implementaba un gran andamiaje de instituciones que exigían un gran número de servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas al servicio de la *nación* y de los cuales se esperaba una actuación en el más estricto sentido de la disciplina para el cabal cumplimiento de los fines del Estado, debiendo aquellos a éste obediencia por encima de cualquier consideración, dada la especial preocupación por la eficacia y la eficiencia administrativa

En el panorama del Estado social y democrático de derecho, el valor supremo e inspirador que cobran los derechos fundamentales obliga un giro en la concepción de estas teorías de sujeción, ya que por un lado no se hace suficiente la voluntad para constituir situaciones que escapan al ámbito jurídico y por otro lado se hace falta de todo razonamiento la posibilidad de actuación *arbitraria* del poder público “sin excepción alguna”⁴. El papel principal en este tipo de Estado, el social y democrático de derecho, lo desarrolla el alcance que se les da a los derechos fundamentales, por lo cual se crea una tensión entre el respeto y la salvaguarda permanente e incuestionable de éstos y las relaciones especiales de sujeción, no pudiéndose consagrar ya que esta teoría constituía una excepción al Estado de derecho ya que esto no es un argumento válido o permitido para la Administración

³ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Ibíd.* p. 137 a 140

⁴ FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón citado por GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, en *Relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario*. Bogotá. Procuraduría General de la Nación. 2003

Pública. Por lo anterior, se adelanta un proceso de *juridificación*⁵ de estas relaciones especiales de sujeción en que éstas están fundamentadas en la búsqueda del cumplimiento superior y prioritario de los deberes y derechos generales, lo cual surge de la inserción del funcionario público en la Administración, presentándose una mayor proximidad entre ambos sujetos jurídicos⁶. De esta manera, los derechos, garantías y libertades fundamentales de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas no se desconocen en virtud de la vinculación de éstos con la Administración Pública, pero su ejercicio se *funcionaliza* para permitir el actuar de ésta y el cumplimiento de sus fines de una manera eficaz y eficiente, que tiene que comprometerse materialmente con los resultados de su gestión en el marco de un Estado constitucional de bienestar, flexibilizando la estructura de estos derechos fundamentales para permitir el cumplimiento de las tareas que son encargadas a la Función Pública y que corresponde dinamizar, en último momento, a los Servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas.

▪ Teoría de las Relaciones especiales de sujeción

En el ámbito de la organización política y las relaciones del Estado, más específicamente de la Administración Pública tomada en un sentido amplio, con la generalidad de los administrados y particulares que forman parte de la población, pueden darse unas relaciones demostrativas de vínculos más o menos estrechos entre el Estado y la población jurídicamente dependiente de él⁷. Estos vínculos o relaciones son de *sujeción* en cuanto por razón del poder público que detenta el Estado (en virtud de su soberanía), los administrados, en general, están *sometidos* o *sujetos* a sus disposiciones. Estas relaciones de sujeción tienen la categoría de *generales* cuando comprometen a la *generalidad* de los administrados. Por otra parte y como contraposición, estas relaciones de sujeción son *especiales* cuando

⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Ibíd.*, p. 141

⁶ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, citado en GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Ibíd.*

⁷ FORERO SALCEDO, José Rory. *Principios y garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores públicos*. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica. 2003, p. 84

de manera excepcional se aplican únicamente y con exclusividad a una persona determinada, por su calidad específica. Estas relaciones de sujeción *especiales* comportan vínculos más fuertes que los de la generalidad de las personas con respecto al poder público, trascendiendo a las esferas de obediencia y fidelidad para el caso de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas.

Existe entonces una marcada diferencia entre las anteriores dos posibilidades, por un lado se encuentra el administrado común cuya relación con el Estado detentador del poder público se presenta en un ámbito de la sujeción de *todos* con el Estado, no es un vínculo especial de él como persona sino de la generalidad de la población. Este es un vínculo demostrativo de una relación de sujeción de carácter general, donde solo le son aplicables normas generales que dispongan sobre su comportamiento, estando beneficiado *ab initio* por un *status libertatis*⁸. En estas relaciones generales de sujeción tiene primacía la ley como factor regulador de comportamiento, que solo puede hacer referencia al carácter intersubjetivo, regulando la conducta de la generalidad de las personas únicamente cuando ella afecta la armonía *social*: garantía fundamental del derecho como elemento de cohesión.

Por otro lado encontramos a ese administrado cualificado que está sujeto a un vínculo más estrecho con el Estado. La mentada calidad especial de este sujeto es la de ser un funcionario público (o en un sentido más amplio y correcto, la de cumplir funciones públicas), de tal manera que ésta ya no es una relación de sujeción de *todos* con respecto al Estado, sino de una persona especial y determinada con respecto de aquel, siempre por razón de su función pública; Esta relación *especial* de sujeción está basada en la obediencia y la fidelidad, como ya habíamos comentado, y no necesitan las disposiciones que la regulan estar consagradas en norma general e impersonal, por cuanto no es un vínculo general ni impersonal, sino por el contrario es un vínculo especial y personal de un

⁸ E. GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNÁNDEZ citado por FORERO SALCEDO, José Rory, *Ibíd.* p. 84 a 86

individuo determinado con el Estado, por lo tanto no es necesario un comportamiento de índole intersubjetiva para intervenir en la persona del individuo sino únicamente una violación de los deberes específicos de fidelidad y obediencia que éste tiene para con el Estado.

- **Consecuencias de la teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción de los Servidores públicos**

Podemos concluir que la existencia de estas relaciones especiales de sujeción se explica en razón del vínculo especial que tiene el sujeto calificado como funcionario público con el Estado y la consiguiente cercanía entre los dos. Este vínculo se da por el desempeño de *Función Pública*, es decir, por ser el sujeto funcionario público la persona final a quien le corresponde la realización material del cumplimiento de los fines del Estado para el logro del interés general. La investidura de que es revestido para el cumplimiento de funciones públicas conlleva a que en virtud de la finalidad del Estado y del cumplimiento de la actividad de la Administración Pública en términos de eficacia y eficiencia, se dinamicen algunos de sus derechos y garantías fundamentales en cuanto a su desempeño como funcionario público. De esta manera las normas que rigen por su condición especial no tienen que estar necesariamente consagradas en la ley (en su sentido inicial formal) sino que son reguladas por reglamento, presentándose allí un alcance muy restringido y laxo del principio de legalidad.

Es a razón de la existencia de esta relación especial de sujeción entre los servidores públicos y el Estado que a éstos últimos no solo se les aplican las normas basadas en la imposición general del poder del Estado, sino que por tratarse de un vínculo especial cuya razón se encuentra en el ejercicio de función pública para el interés general, se les aplica un régimen especial, con normas especiales, sin reserva legal en su consagración, en el cual solo pueden incurrir ellos – los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas – por su situación particular. Este es el caso típico del régimen

disciplinario, que es aplicable con exclusividad a las personas que desempeñan funciones públicas, régimen en el cual la Administración Pública define la responsabilidad por el incumplimiento de los deberes funcionales, es decir, a grandes rasgos, por el incumplimiento del deber de fidelidad y obediencia debida al Estado, e igualmente aplica juzgamiento a los comportamientos señalados como *falta disciplinaria*, comportamientos en los que únicamente pueden incurrir los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas con exclusividad y en virtud de ese nexo especial con el Estado.

1.1.2 El Deber Funcional

En virtud de estas relaciones especiales de sujeción a las cuales se ven sometidos los servidores públicos y en general toda persona que desempeñe funciones públicas, estas personas están sometidas a un régimen especial, un régimen normativo que consagra disposiciones que les son aplicables exclusivamente a ellos y por razón del especial vínculo con el Estado. Este régimen especial de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas, surgido de la relación especial de sujeción con respecto al Estado es el régimen disciplinario que se encarga de consagrar unas pautas generales para el desempeño de las actividades de las personas a servicio del Estado. Estas personas al servicio del Estado se encuentran en esa especial relación de sujeción por el cumplimiento de las funciones públicas propias del ente estatal; esta función pública, cuyo cumplimiento y desarrollo corresponde en últimas a los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas, por ser de interés general reviste una trascendencia tal que no puede quedar librada a la voluntad y albedrío de la persona del funcionario, por lo cual, por medio de la especial potestad del Estado se le imprime a cada servidor un *deber* como categoría dogmática para el cumplimiento de la función pública que le es encomendada. Este deber es de connotación constitucional como bien lo establece nuestro ordenamiento superior en su artículo 122 al consagrar que ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir

y defender la constitución y desempeñar los *deberes* que le incumben; la connotación constitucional de este deber en cabeza de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas se fundamenta en el cumplimiento de la función pública que les ha sido encargada.

Este *deber* está enmarcado por su *función*, si sumamos a la anterior referencia al texto constitucional el encabezado del mismo artículo en el que establece en constituyente que no existirá empleo público que no tenga funciones detalladas, lo cual nos permite inferir que para toda actividad de funcionario que desarrolle o cumpla función pública existirán unas funciones detalladas, las cuales delimitarán en el plano material el *deber funcional* general del cumplimiento de los fines del Estado. Este deber funcional es la forma que tiene el Estado para, en virtud del vínculo especial del funcionario con la Administración Pública, poder encauzar su conducta para el cumplimiento de su deber, es decir, para la realización de los fines del Estado, según la función pública general y de acuerdo con las funciones específicas y los deberes específicos de su cargo.

Este encauzamiento de su conducta constituye en últimas el régimen disciplinario especial al cual está sometido el funcionario público, y que busca que su conducta (según la cláusula de responsabilidad especial del artículo 6 constitucional) esté siempre encauzada al cumplimiento de su deber funcional, es decir, el logro de los fines estatales por el desarrollo y mediante el desempeño de función pública, ese es el *bien jurídico* – si se nos permite la expresión – protegido por el régimen disciplinario: el deber funcional.

1.2 EL DERECHO DISCIPLINARIO

El derecho disciplinario, como concepto consustancial al de control administrativo, puede definirse como el conjunto de normas, reglas y principios que orientan y

dirigen el recto y probo ejercicio de la función pública, y que en caso de ser violadas, lesionadas o puestas en peligro, entra a operar mediante los mecanismos y sistemas previstos para sancionar a los responsables⁹. El control disciplinario viene a ser la potestad del Estado para vigilar, examinar la conducta y exigir a sus servidores públicos el cumplimiento de los fines del Estado mediante la observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, eficiencia, y comportamientos transparentes en el ejercicio de las labores encomendadas a ellos.

Con respecto al derecho disciplinario y a la esencia del régimen disciplinario dentro de la organización política estatal, ha comentado la Corte Constitucional ya desde uno de sus primeros desarrollos jurisprudenciales, que el Estado no podría alcanzar sus fines si careciera de un sistema jurídico enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas¹⁰. El Alto Tribunal de los constitucional en Colombia nos ha aportado una definición de derecho disciplinario que vamos a incluir en este trabajo por considerar que congloba de una manera correcta los caracteres de este sistema normativo, en sentencia C-417 de 1993 con ponencia del Magistrado se comentó que 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 cual pertenezcan, la anterior aseveración nos muestra que el objeto directo de protección, el bien jurídico, por así decirlo, del cual cuida el derecho disciplinario es la función pública y la finalidad máxima que ésta tiene cual es la de cumplir los fines del estado (Constitución Nacional artículo 2), sin importar que esta función pública sea o no desarrollada por la rama administrativa del poder público, aclarando así que no solo es esta última la que cumple función pública, sino que todos los órganos estatales, por estar su

⁹ BULLA ROMERO, Jairo Enrique. Derecho Disciplinario 2ª edición. Bogotá. Temis. 2006, página 7

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993, con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo, consideración 3

actividad dirigida al cumplimiento de los fines mismos del Estado, en el desarrollo de esta actividad, son dinamizadores de función pública. La anterior tesis es complementada por la Corte recordando que esta especial regulación de la actividad de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas se hace necesaria por ser estos responsables no solamente por la infracción de la constitución y la ley, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

1.2.1 Naturaleza y autonomía del derecho disciplinario

La Corte Constitucional colombiana ha mantenido una postura clara con respecto a la naturaleza y definición del derecho disciplinario y en reiteradas ocasiones ha insistido en comprender el derecho disciplinario como consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de derecho, por cuanto de esa manera se busca garantizar la buena marcha y el nombre de la Administración pública., así como asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados¹¹.

El derecho disciplinario es una rama o una manifestación más del llamado *derecho sancionador* del Estado. Este conjunto de regulaciones jurídicas que se encuentran comprendidas dentro del derecho sancionador no puede confundirse con el concepto de derecho penal, pues el derecho sancionador es el género, constituye el despliegue de la potestad sancionadora del Estado¹², es decir la manifestación de la capacidad estatal para poder imponer sus sanciones a los administrados, sin adentrarnos en la naturaleza específica de la sanción. De esta manera, podemos encasillar al derecho sancionador dentro del derecho público, dentro del derecho constitucional en su más amplia acepción, pues es éste

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-280 del 25 de Junio de 1996, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, consideración 3

¹² SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIVO MANUEL. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. Bogotá. Procuraduría General de la Nación. 2005.

derecho constitucional el que contiene el *poder público* que detenta el Estado y del cual se desprende el poder sancionador y punitivo. Aclaremos entonces que así como el derecho sancionador hace parte del derecho constitucional o derecho público del Estado por estar fundado en el poder público de éste, a su vez el derecho sancionador es el género que encierra todos los conjuntos de normas y regulaciones jurídicas por medio de las cuales el Estado, en desarrollo de su poder público, aplica sanciones a los administrados o ciudadanos, a los destinatarios de la norma jurídica. Dependiendo del tipo de sanción que el Estado aplique podemos decir que estamos frente a diferentes manifestaciones del derecho sancionador, las cuales tienen características diferentes y exigen tratamientos diferenciales¹³. El derecho penal es la clase de derecho sancionador por antonomasia, en su labor de protección de bienes jurídicamente tutelados. También encontramos como clases de derecho sancionador, junto al derecho penal, el derecho disciplinario, el derecho administrativo sancionador, el derecho correccional y el que ha sido llamado *impeachment* que hace parte de la categoría de los juicios políticos¹⁴, distinción realizada en la jurisprudencia originalmente por la Corte Suprema de Justicia y respaldada por la Corte Constitucional¹⁵.

La inclusión dogmática del derecho disciplinario como una rama del derecho sancionador, el cual tiene en el derecho penal su mayor expresión, ha llevado a que durante mucho tiempo se haya identificado al derecho disciplinario como una simple forma de derecho penal que es aplicado a un grupo cualificado de sujetos, los servidores públicos, y en el cual se aplicaban igualmente sanciones pero de una entidad menor, no siendo éstas llamadas penas. Pero esta concepción está basada principalmente en identificar sin mayores miramientos al derecho penal con el sancionador, lo cual ya hemos aclarado nosotros. Otra parte de la doctrina, al que insiste en llamar al derecho disciplinario como derecho administrativo

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-827 del 8 de agosto de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis

¹⁴ La jurisprudencia de la corte suprema de justicia, hablando de derecho punitivo en vez de derecho sancionador ha hecho tal distinción, véase Corte Suprema de Justicia, sentencias 51 del 14 de abril de 1983 y 17 del 7 marzo de 1985 con ponencia del Magistrado Manuel Gaona Cruz, citadas por GOMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO en *La Relación especial de sujeción*, Op. Cit. Págs. 99 y 100.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 214 del 28 de abril de 1994 con ponencia del Magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonell, reiterada en la sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002 con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis

disciplinario, ha concebido a esta rama del derecho, no como una clase de derecho sancionador, sino como una parte del derecho administrativo, considerando que es únicamente en virtud de la vinculación de los servidores públicos con la administración que ésta misma les aplica unas sanciones por actos cometidos en desarrollo de sus funciones.

Si bien, como vemos, históricamente se ha tendido a confundir al derecho disciplinario con el derecho penal o con el derecho administrativo, existen diferencias que no pueden desestimarse; en caso de la diferenciación de esta rama del derecho con las otras clases de derecho sancionador, hemos de tener en cuenta que las normas del derecho disciplinario solamente operan en ámbitos específicos y que las sanciones que se imponen no están dirigidas contra la libertad de la persona del infractor. Si bien es cierto que en diferentes ocasiones se ha reconocido que por ser el derecho penal el tipo de derecho sancionador por excelencia, inclusive el derecho disciplinario se nutre de muchos de sus postulados en lo concerniente a los principios del debido proceso como principios de control de la actividad punitiva del Estado¹⁶, esto no es óbice para distinguir claramente las diferencias del derecho penal con el derecho disciplinario, en cuanto a ámbito de aplicación, tipo de sanción aplicable, bien jurídico tutelado, etc. Esto último implica adicionalmente que los principios del derecho penal no son trasladables al campo del derecho disciplinario sin adaptaciones y concibiéndolos de manera idéntica¹⁷, pues nos estamos ocupando de órbitas distintas de aplicación, siendo el derecho disciplinario específicamente caracterizado por buscar la defensa del deber funcional en la actividad de los servidores públicos.

El punto de la finalidad específica del derecho disciplinario – la protección del deber funcional y del cumplimiento de los fines del Estado en el desarrollo de la actividad de los servidores públicos – es lo que más ha marcado la diferencia clara

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002 con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis, citada antes en la sentencia C-597 de noviembre 6 de 1996 con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia C-1161 del 6 de Septiembre del 2000 con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-146 del 21 de abril de 1993 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Arango Mejía

que debe establecerse entre el derecho disciplinario y otras disciplinas jurídicas con las cuales tradicionalmente se le ha tratado de identificar. Si bien es cierto que el derecho disciplinario también es una manifestación del derecho sancionador del Estado, lo cual lo saca inmediatamente de la órbita de derecho disciplinario en sentido estricto – es también cierto que las diferencias que hemos establecido entre este y otras de las manifestaciones del derecho sancionador, especialmente del derecho penal, muestran con claridad que se trata de un régimen jurídico y una normatividad autónoma e independiente, que bien puede servirse de elementos dogmáticos característicos del derecho penal sin necesidad de confundirse con éste último. La doctrina reciente en nuestro país se ha ocupado con mayor o menor amplitud al tema de remarcar la independencia y autonomía del derecho disciplinario, buscando que se le reconozca como una categoría dogmática independiente que le permita crear sus propios institutos jurídicos¹⁸.

También ha favorecido de una manera fundamental para el logro de una dogmática propia del derecho disciplinario en Colombia el desarrollo legislativo que este ha tenido. Si bien antes del primer intento de codificación de las normas de naturaleza disciplinaria toda la regulación sobre la materia se encontraba dispersa y difuminada y se debía principalmente a las disposiciones internas de cada órgano o entidad¹⁹, la iniciativa impulsada por la Procuraduría General de la Nación que terminó constituyendo al labor legislativa que dio vida a la Ley 200 de 1995 es un aporte significativo que permitía por primera vez unificar en un solo cuerpo legal de vigencia a nivel nacional, disposiciones disciplinarias generales aplicables a todos los servidores públicos, y permitió comenzar a sentar las bases de las diferentes categorías dogmáticas que el derecho disciplinario exigía. La práctica jurídico forense y la jurisprudencia de la Corte Constitucional durante el periodo de aplicación de la ley 200 de 1995, así como los aportes académicos hechos desde el campo de la doctrina, permitieron perfilar de una forma mejor

¹⁸ Es de resaltar el papel de Carlos Arturo Gómez Pavajeau en su labor no solo como Viceprocurador General de la Nación sino como doctrinante de derecho disciplinario y derecho penal

¹⁹ Sobre una reseña de la normatividad disciplinaria en Colombia ver MARMOLEJO ESPITIA, OSCAR HUMBERTO. *Régimen disciplinario de los servidores públicos. Anotado*. Bogotá. Editorial Leyer. 2008.

todas estas instituciones y figuras, avances que terminaron siendo acogidos por el nuevo código disciplinario expedido con la ley 734 de 2002 y que aún hoy se encuentra en vigencia y que si bien, no incluye todos los regímenes disciplinarios (por cuanto los regímenes de las fuerza militares, de la policía, los abogados y otros tienen su propio desarrollo legal), sí ha dado grandes pasos en la consolidación de la figuras no solamente orgánicas y procedimentales de la aplicación del régimen disciplinario, sino en el proceso de elevar a rango legal los fundamentos del derecho disciplinario y las principales figuras e instituciones de su actuar.

1.2.2 Fundamentos Constitucionales del Derecho Disciplinario

La existencia de un régimen disciplinario que controle la actividad de los servidores públicos y en general de todas las personas que presten sus servicios al Estado para el cumplimiento de los fines del mismo mediante el desarrollo de función pública, es un aspecto fundamental de la organización jurídica del Estado. A la Administración pública le corresponde no solamente el deber de orientar su actividad hacia el cumplimiento de los fines del Estado que en últimas busca garantizar la supremacía del interés general para lograr el bienestar social con respeto de los derechos individuales, sino que también le atiende el deber de orientar esa actividad que en la práctica es cumplida por personas naturales, orientarla de manera tal que no se desvíe de su fin último y sobre todo que cumpla con los mandatos legales y constitucionales que le sean aplicables. En virtud de las ya mencionadas relaciones especiales de sujeción, los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas, por el papel especial que juegan en la Administración tienen una responsabilidad mayor que la de los particulares que solo se encuentran sometidos a una relación general de sujeción. Esta responsabilidad es de origen constitucional (artículo 6 Constitución Nacional) y está consagrada como una doble arma, por un lado garantiza a los administrados que las personas que tienen a su cargo el cumplimiento de los fines del Estado están sujetos a una vigilancia por sus obligaciones especiales y por

otro lado le brinda al Estado las herramientas necesarias para desarrollar un sistema de normas que le permita especificar las actividades en que los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas no pueden incurrir so pena de ser sancionados.

De esta manera, el fundamento inicial de la existencia del derecho disciplinario y de un régimen disciplinario en particular es la existencia de un estado de derecho (artículo 1 de la Constitución Nacional) que obliga a que la Administración y las personas que a su servicio cumplen funciones públicas, estén también sometidas a la ley y se pueda de ellos predicar responsabilidad por su incumplimiento. La consagración de nuestro como un Estado de derecho permite fácilmente inferir que deben existir mecanismos por medio de los cuales se asegure que los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas, en desarrollo de las actividades que implican función pública, estén única y exclusivamente dirigidos al cumplimiento de los fines del Estado y realicen siempre estas actividades con sujeción a los principios orientadores de la función administrativa (artículo 209 de la Constitución Nacional). Pero es necesario resaltar que la actividad que desarrollan los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas, la cual debe estar dirigida al cumplimiento de los fines del Estado siempre debe estar orientada por la garantía del interés general, lo anterior por cuanto el nuestro es un Estado del cual no solamente se dice ser *de derecho* (con la sujeción de la Administración a la ley que esto implica) sino que además tiene el acápite de ser un Estado *social*, que como tal, debe garantizar el bienestar social de los administrados. Esta función específica del Estado en general crea una nueva carga sobre los funcionarios encargados de desarrollarla en la práctica, ya que el deber funcional que les asiste implica el cumplimiento del interés general y el beneficio social de los administrados, y por corresponder a los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas una cláusula de responsabilidad específica (artículo 6 de la Constitución Nacional), significa que también se

predicará responsabilidad, no solo por incumplimiento de la ley y de la constitución, sino por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Como aplicadores finales de la actividad estatal, los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas deben ser los primeros defensores de la Constitución Nacional, por lo tanto, el régimen disciplinario que contiene las disposiciones sobre la actividad que realizan, entiende incluido en sí las disposiciones fundamentales constitucionales, y por consiguiente es a los servidores públicos a los primeros que les corresponde el cumplimiento de estas garantías fundamentales. Pero sin duda alguna la principal de estas garantías que tiene que prevalecer en el derecho disciplinario y que no es solo fundamento sino corolario práctico del mismo es la garantía fundamental constitucional del debido proceso. Decimos esto por cuanto la consagración del derecho disciplinario y de un régimen disciplinario para los servidores públicos garantiza que en el juzgamiento administrativo de las conductas que estos realicen en cumplimiento de sus funciones, se respetarán las garantías constitucionales que hacen parte del debido proceso (artículo 29 de la Constitución Nacional), estando así protegidos por el principio de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, favorabilidad, garantía de doble instancia (artículo 31 de la Constitución Nacional), juez natural, formas propias de cada juicio, etc.

Los artículos 123, 124 y 125 de la Constitución Nacional son los que consagran que la ley determinará la forma de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos e incluye dentro de las causales del retiro del servicio para estos la violación del régimen disciplinario. El fundamento último del derecho disciplinario es la garantía que el mismo Estado debe prestar para todos sus ciudadanos de que las personas a quienes les corresponda el ejercicio de la función pública, de acuerdo con los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional, realicen estas actividades teniendo siempre como faro orientador el cumplimiento de los fines estatales (artículo 2 Constitución Nacional), la supremacía del interés general (artículo 1 Constitución Nacional y preámbulo) y a

razón de la responsabilidad específica que les asiste por la categoría de la función que cumplen, pongan siempre de presente los principios de la actividad administrativa como los son los de la igualdad, moralidad eficacia, economía, eficiencia, celeridad, imparcialidad, publicidad, etc., pues esta es la única manera de garantizar la efectiva sujeción de la Administración a la ley que un Estado de derecho exige (artículo 1 de la Constitución Nacional), siempre con respecto de las garantías fundamentales, sobre todos del debido proceso (artículo 29 Constitución Nacional) y de la dignidad humana de los procesados.

1.2.3 La Potestad Disciplinaria

La potestad disciplinaria es aquella expresión del derecho sancionador que viene como consecuencia de las relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos con el Estado en razón al deber funcional que les asiste por cumplir funciones públicas. La potestad disciplinaria es definida como aquella capacidad que asiste al Estado, emanada de su poder punitivo, el cual es una representación del poder público, de su soberanía, y por la cual aquel está facultado para exigir obediencia y disciplina a los servidores públicos en el ejercicio de las funciones que les correspondan y para investigar y sancionar las infracciones en que éstos incurran²⁰. Asiste completa razón a esta definición en cuanto consagra que es una capacidad del poder punitivo del Estado y la aterriza al ámbito del derecho sancionador referido única y exclusivamente al derecho disciplinario. Esta potestad del Estado, que es el resultado ineludible de los conceptos que hemos analizado hasta ahora, es la que le permite adelantar los procesos disciplinarios por medio de los cuales se investigan las conductas de los servidores públicos y en general de todo aquel que desempeñe una función pública, y que puedan ser constitutivas de falta disciplinaria, para que en determinado caso se impongan las sanciones o correctivos del caso. En resumen, esta potestad estatal es la que permite poner en movimiento la acción disciplinaria en un caso específico.

²⁰ PALACIO JARAMILLO, MARTHA INÉS. *El debido proceso disciplinario. Garantías constitucionales*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2001

En otras palabras, la potestad disciplinaria es realización práctica del control disciplinario que el régimen sancionatorio prevé para los servidores públicos por las infracciones al deber funcional, y constituye una capacidad otorgada a los órganos de control (principalmente a la Procuraduría General de la Nación) y a la Administración pública en sus diferentes órdenes, facultándolos para investigar las conductas generadoras de faltas disciplinarias y para aplicar las sanciones o correctivos a los servidores públicos y a los particulares disciplinables – que cumplen transitoriamente funciones públicas en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional – responsables de infringir el régimen disciplinario, cumpliendo de esta manera con dos funciones que se identifican con sendas fases, una preventiva y otra correctiva²¹.

Nuestra normatividad disciplinaria, el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, tiene consagrado este principio en su artículo 1º que reza simplemente: “*El Estado es el titular de la potestad disciplinaria*”. Concluimos entonces que esta potestad disciplinaria es una competencia que tiene la propia Administración pública para ejercer un control interno sobre las personas encargadas de cumplir función pública y en virtud del cual está facultada para exigir de ellas obediencia y disciplina con base en el deber funcional que les asiste.

Concepto diferente pero complementario al de la potestad disciplinaria es de la acción disciplinaria que es consecuencia de aquella. Si la potestad disciplinaria nos explica la facultad que esta en cabeza del Estado y que le permite reprochar y castigar las infracciones disciplinarias de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas, en virtud del principio de acción disciplinaria, que se encuentra, ya no en cabeza del Estado sino específicamente en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, este organismo está facultado para poner en movimiento dicha potestad, poniendo en movimiento la maquinaria estatal para hacer efectiva la potestad sancionadora que surge de poder punitivo del Estado. La acción disciplinaria se encuentra consagrada en el ordenamiento

²¹FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY, Principios y Garantías constitucionales, en el ámbito disciplinario de los servidores estatales, Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica. 2003. p. 95

disciplinario en el artículo 2º del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 en los siguientes términos:

Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria.

La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta.

Del transcrito artículo podemos inferir varias consecuencias que no son de nuestro objeto de estudio, una de ellas las diferentes competencias disciplinarias que existen y la clara diferenciación en tratándose de funcionarios judiciales. Por otra parte, el último inciso nos aclara que la acción disciplinaria, por medio de la cual la Procuraduría General de la Nación – generalmente – pone en funcionamiento la maquinaria estatal para investigar, juzgar y sancionar las conductas contrarias al régimen disciplinario, es diferente de otro tipo de acciones que pueden adelantar diferentes organismos estatales con base en otras potestades diferentes a la disciplinaria q igualmente surgen del poder punitivo. Esto último es el corolario de la aseveración de la diferencia dogmática entre el derecho disciplinario y otro tipo de regímenes de derecho sancionador, al respecto ha comentado la Corte Constitucional:

Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente

establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales²².

Con base en el poder punitivo del Estado y por gracia de sus potestad sancionadora, más específicamente de la potestad disciplinaria, la Ley ha facultado ciertos y determinados órganos que pueden poner en marcha dicha potestad mediante el ejercicio de la acción disciplinaria, para que valiéndose de la herramienta procesal, del proceso disciplinario, se investigue, juzgue y sancione las presuntas faltas disciplinarias que cometan los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas, siguiendo los derroteros de los principios dogmáticos propios del derecho disciplinario.

1.2.4 Breve referencia a la dogmática general de la responsabilidad disciplinaria

La dogmática general de la responsabilidad disciplinaria está construida sobre tres pilares específicos que vamos a desarrollar a continuación y que consideramos son los de mayor trascendencia por que son los que diferencian la responsabilidad disciplinaria de otro tipo de responsabilidades jurídicas y sirven de característica especial del derecho disciplinario en comparación con otros tipos de regímenes sancionatorios. Brevemente hacemos una referencia a estos tres conceptos.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-244 de mayo 30 de 1996 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz

La Falta disciplinaria

Constituye para el régimen disciplinario una falta disciplinaria cuando un sujeto disciplinable, bien sea un servidor público o un particular en ejercicio temporal o transitorio de funciones públicas transgrede su deber funcional, es decir, en desarrollo de sus funciones o por cuenta de sus actividades como funcionario público atenta contra el deber específico de su función²³ (consagrada para el cumplimiento de los fines del Estado en búsqueda del bienestar general y para la prevalencia del interés general) bien sea por incumplir la constitución o la ley o por extralimitarse en el ejercicio de sus funciones. La infracción del régimen disciplinario se puede llevar a cabo mediante diferentes medios, tal y como lo consagra – nunca a manera taxativa – el artículo 23 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, por incurrir en cualquiera de las conductas y comportamientos que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

En materia de faltas disciplinarias opera el sistema de cobertura legal²⁴, el cual consiste en que el principio de legalidad de los delitos, propio del derecho penal, se aplica al derecho disciplinario con una mayor flexibilidad al no consagrarse la reserva de ley (es decir, la necesidad de que sea una ley la que consagre las faltas disciplinarias) sino que se reduce a que la ley disciplinaria, en el sentido estricto de la misma, se limite a consagrar que conductas son concebidas como falta sin hacer una enunciación taxativa y detallada de las mismas, dejando esta labor a la reglamentación específica. Las únicas faltas que deben ser consagradas por la Ley son las llamadas faltas gravísimas que se encuentran enumeradas en el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 en el artículo 48. Como consecuencia del principio de cobertura legal, para la determinación de las faltas en el derecho disciplinario operan los sistemas de *numerus apertus* de tipicidad de las faltas,

²³ Por mandato constitucional contenido en el artículo 122 de la Constitución Nacional no habrá empleo público sin funciones detalladas en la ley o reglamento respectivo

²⁴ PARADA VÁSQUEZ, RAMÓN. Derecho Administrativo. Tomo I. Marcial Pons. Madrid. 1996

según el cual, los comportamientos que por revestir violación al deber funcional constituyen falta disciplinaria, no necesariamente deben estar consagrados en la Ley disciplinaria, sino que la conducta violatoria de este deber funcional debe adecuarse por parte del operador disciplinario a las típicamente consagradas.

El ilícito disciplinario

Cuando una conducta de servidor público es típica por violar el régimen disciplinario en cualquiera de las variantes antes descritas y se adecua a alguna norma de naturaleza disciplinaria, debe evaluarse por parte del operador disciplinario que tenga la investigación de la conducta si ésta constituye o no violación del deber funcional del servidor, es decir, si atenta contra el deber que tenía en razón de la función pública que debe cumplir. Esto es lo que se conoce en el derecho disciplinario como ilicitud sustancial o principio de lesividad²⁵, que consiste en la violación efectiva o puesta en peligro del deber funcional del servidor público y con ello de la función pública. La antijuridicidad material del derecho penal como la efectiva lesión del bien jurídico tutelado es representada en el campo del disciplinario con este concepto de ilicitud sustancial, siendo que un comportamiento es sustancialmente ilícito cuando además de adecuarse típicamente como transgresor del régimen disciplinario, es atentatorio del deber funcional del servidor público.

Este principio se encuentra redactado en el artículo 5º del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 al consagrarse que la falta disciplinaria se entenderá antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. Lo anterior nos lleva a que la antijuridicidad de la falta disciplinaria se encuentre inmersa en el tipo disciplinario y a que para que esta se presente es necesaria la afectación del deber funcional. En caso de que se presente una conducta típica que afecte el deber funcional sin justificación alguna estaremos frente a un ilícito disciplinario, esto último como consecuencia de la teoría según la cual la norma disciplinaria es

²⁵ BULLA ROMERO, JAIRO ENRIQUE, Op. Cit. p. 35

subjetiva de determinación y prescinde de todo resultado pues para violar el deber funcional basta haberlo hecho objetivamente habiéndolo conocido, siendo esta la principal diferencia con el principio de la antijuridicidad material del derecho penal y aclarando que lo anterior no implica de ninguna manera que exista la responsabilidad objetiva en el derecho disciplinario, pues se hace necesaria la efectiva violación del deber funcional para la configuración del ilícito disciplinario.

La sanción disciplinaria

La sanción disciplinaria, a diferencia de la sanción penal – la pena – no esta encaminada contra la persona del infractor, por lo mismo y tanto no se dirige a privarle de garantías fundamentales como lo es la de la libertad de locomoción, la sanción disciplinaria es la censura que el Estado hace de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas que han cometido una falta disciplinaria y que han sido encontrados responsables después de un proceso disciplinario en el cual se le han dado todas las garantías propias del debido proceso inclusive plenos medios de defensa. Las sanciones disciplinarias están dirigidas contra el carácter de funcionario público que tiene el infractor, pues la violación al deber funcional que dio surgimiento a la falta disciplinaria únicamente se pudo haber presentado en razón a que se encontraba el funcionario en una relación especial de sujeción en la cual servía a los intereses del Estado. Estas sanciones son por antonomasia la destitución y la inhabilidad, estando referidas estas al retiro del servicio público acompañado de la imposibilidad de ejercer cargo público alguno durante un lapso determinado; también pueden aplicarse como sanciones la suspensión del servicio y la multa. La sanción disciplinaria es pues el reproche final que realiza el Estado con base en su poder punitivo y a causa de haber sido transgredido el régimen disciplinario.

2. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Las categorías dogmáticas del derecho disciplinario, al igual que las de cualquier otro régimen jurídico sustancial, se aplican y dinamizan en la realidad para su aplicación deductiva a un caso concreto por medio del proceso, es decir, la vía para la realización práctica del derecho. El proceso es a forma por medio de la cual esas normas objetivas que forman un régimen jurídico, terminan teniendo consecuencias reales en el mundo de los fáctico mediante el desenvolvimiento de una relación jurídica adjetiva.

2.1 EL PROCESO COMO APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción, entendida como esa “soberanía del Estado aplicada por conducto de un órgano especial a la función de administrar justicia”²⁶ termina aplicándose a casos particulares por medio de la vía jurídica llamada proceso. El proceso como tal es también una institución jurídica, creada para conducir las normas generales de los catálogos de consagración objetiva y permitir a un juzgador aplicarlas para un caso fáctico, específico y determinado que se le presenta; en palabras de COUTURE: “El proceso, aquel conjunto de actos que tienen por objeto la decisión de un conflicto o litigio (...) es el espacio donde se pone de presente el supuesto de hecho para que le operador jurídico, haciendo lo suyo, asigne el efecto jurídico consagrado por el derecho objetivo”²⁷. Por lo tanto, aquella facultad soberana del Estado por medio de la cual éste último detenta la posibilidad de administrar justicia

²⁶ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría General Del Proceso*, tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997

²⁷ COUTURE, EDUARDO. *Fundamentos de Derecho procesal Civil* 3ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973

por medio de unos órganos específicos, se hace visible por medio del proceso. Cuando hablamos de administrar justicia nos referimos a todos los casos en que existe intervención, es decir, actividad heterocompositiva²⁸ con la finalidad de dirimir un conflicto surgido de relaciones jurídico sustanciales, con lo anterior ampliamos el concepto de Juez, no reduciéndolo únicamente a los conflictos que se deciden en sede judicial sino a toda aplicación específica de la jurisdicción.

2.1.1 Proceso y Procedimiento

Como precisión conceptual debemos diferenciar los conceptos de proceso y jurisdicción, teniendo en cuenta que en el aspecto netamente jurídico el proceso tiene una connotación eminentemente jurisdiccional, entendiéndose como un conjunto de actuaciones en dicha sede, por lo que concluiría necesariamente con un acto igualmente jurisdiccional, es decir, con una sentencia. El procedimiento, por su parte, es la sucesión de actividades aplicadas a todas las materias jurídicas, no necesariamente con carácter jurisdiccional, y hace específica referencia a la *forma* en que se realizan dichas actuaciones²⁹. Aún así, entendiendo el proceso como la estructura funcional por medio del cual se busca garantizar la observancia de normas jurídicas, el procedimiento tiene una clara connotación de cauce o ritual, la suma de actividades ordenadas o no a una finalidad jurisdiccional; por ello consideramos que si bien es correcto hablar de *proceso disciplinario*, por cuanto es el medio por el cual la actividad soberana del Estado dirime conflictos surgidos de relaciones jurídicas, al referirnos a las ritualidades específicas que como conjunto especial se deben adelantar para aplicar las normas procesales en un aspecto concreto, debemos referirnos al procedimiento disciplinario.

²⁸ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. *Teoría General del Proceso*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004

²⁹ RAMOS ACEVEDO, JAIRO. *Derecho administrativo disciplinario. Conforme con la ley 734 de 2002. Régimen disciplinario general y especial*. Bogotá. Editorial Leyer. 2003

2.2 FUNDAMENTOS DEL PROCESO DISCIPLINARIO

Siendo el proceso disciplinario a herramienta por medio de la cual el Estado aplica a los Servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas un régimen de responsabilidad específico surgido de la especial relación de sujeción de estos últimos con respecto al Estado, el fundamento de aquel es precisamente poder garantizar en el plano material que las normas consagradas para cuidar del efectivo cumplimiento del deber funcional por parte de las personas a quienes les corresponde la realización efectiva de los fines estatales, sean respetadas y cumplidas y en determinado caso de ser vulneradas puedan adelantarse las investigaciones que conduzcan a la aplicación de una sanción si fuere el caso. Tenemos entonces que el fundamento de la existencia de este proceso disciplinario es de una connotación constitucional superior, pues pretende dotar a la Administración del medio idóneo para poder garantizar el cumplimiento de las normas disciplinarias aplicables a quienes desempeñan funciones públicas y consecuentemente guardarse de que las actividades de estas personas se dirijan efectivamente a la realización de los fines estatales, respetando en todo momento el régimen especial legal y reglamentario así como los mandatos constitucionales en el cumplimiento de su deber funcional.

2.2.1 Fundamentos constitucionales del proceso disciplinario

La línea de pensamiento de la Corte Constitucional respecto de las garantías que atienden al implicado en un proceso de responsabilidad de carácter disciplinario ha sido clara y reiterativa³⁰. Desde la Sentencia T-438 de 1992 hasta la C-948 de 2002 la Corte ha insistido en recordar que los principios constitucionales del

³⁰ Ver, entre otras, las sentencias: T-438 de julio 1 de 1992, con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-195 de mayo 20 de 1993, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero; C-244 de mayo 30 de 1996, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz, C-280 de junio 25 de 1996 con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero; C-1161 de septiembre 6 de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero y C-827 de agosto 8 de 2001 con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis con salvamento de voto de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Jaime Araujo Rentería, además de la citada C-948 de noviembre 6 de 2002 con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis.

derecho sancionatorio de carácter penal se aplican *mutatis mutandi* al campo de los procesos de responsabilidad disciplinaria; lo anterior se explica por ser el derecho disciplinario una clase de derecho sancionador que igualmente implica el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, si bien a diferente grado y con diferentes consecuencias que el derecho penal, no deja de ser de naturaleza punitiva, y por lo tanto corresponde a la Carta Superior el resguardo de los derechos de los implicados en dichos procesos de responsabilidad con el celo debido. Sin embargo se hace necesario poner de presente la claridad hecha por la Corte Constitucional³¹ con respecto a que si bien los principios del derecho penal son aplicables al campo disciplinario, esa aplicabilidad se hace bajo las condiciones de que se hagan las adaptaciones necesarias a las circunstancias y siempre y cuando no exista regulación específica en el régimen disciplinario, ya que este último, como ya vimos, constituye una disciplina autónoma.

Dentro de este marco, las garantías constitucionales que asisten al derecho sancionatorio son igualmente predicables del derecho disciplinario, no solo por aplicarse a éste los fundamentos del derecho penal, sino por formar parte del derecho sancionador que aplica la potestad punitiva de Estado. Esto significa que en cuanto a la garantía del principio del debido proceso ha de tenerse especialmente en cuenta que éste es de aplicación en actuaciones tanto judiciales como administrativas³², por lo tanto, el proceso disciplinario, como tal un proceso de carácter administrativo – salvo en el caso de los funcionarios judiciales que adquiere carácter judicial – son completamente aplicables todas las garantías, principios y derechos del debido proceso. En cuanto al principio de legalidad vimos anteriormente que éste se encuentra flexibilizado como consecuencia de la relación especial de sujeción de los destinatarios de la Ley disciplinaria, lo anterior lleva a que en materia de derecho disciplinario no se esté sujeto a una completa *reserva legal* en la fijación de la normas de responsabilidad disciplinaria, sino s

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-708 de Septiembre 22 de 1999 con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis

³² Corte Constitucional, sentencia T-460 de julio 15 de 1992 con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido T-442 de Junio 19 de 1992 con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-474 de julio 29 de 1992 con ponencia de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, reiterada recientemente por la Sentencia C-720 de agosto 23 de 2006 de la misma corporación con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

simplemente se aplique una *cobertura legal* que se refiere a una regulación mínima de los aspectos relativos a la defensa de la tipicidad en materia disciplinaria como necesidad de la consagración de ley preexistente. Aún así se entiende que la ley debe previamente consagrar quien es el *juez natural* para los casos de las investigaciones disciplinarias para cada caso en específico, así como los comportamientos que se entenderán como faltas disciplinarias, los procedimientos para las investigaciones y las sanciones a imponer. Las garantías de un juicio justo y sin dilaciones, de favorabilidad de la ley sancionatoria y los derechos de presentar y controvertir pruebas así como de impugnar los *fallos* sancionatorios y la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo³³ hecho se aplican igualmente en materia disciplinaria por mandato constitucional.

Pero las garantías constitucionales en materia de proceso disciplinario no solo se circunscriben al debido proceso, sino también otras consagraciones constitucionales del orden procesal son aplicables al proceso disciplinario. Dentro de ellas encontramos la proscripción de la responsabilidad objetiva, al igual que en todos los procesos de carácter sancionatorio, tal y como lo manda la Constitución Nacional en su artículo 29 inciso 4; el derecho a una debida defensa técnica³⁴ que a diferencia de los procesos penales no necesariamente implica la representación de un abogado titulado; la garantía de la doble instancia³⁵ salvo cuando se es investigado por el órgano más alto de una jurisdicción; y en general la aplicación de las garantías dogmáticas del derecho penal sobre culpabilidad, imputabilidad así como las consagradas constitucionalmente de la presunción de inocencia que adquiere un significado especial en el derecho disciplinario como el *in dubio pro disciplinado*.

³³ Ver sentencias T-413 de junio 5 de 1992 con ponencia del Magistrado Dr. Ciro Angarita Barón, C-427 de septiembre 29 de 1994 con ponencia del Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz, C-244 de mayo 30 de 1996 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz y C-310 de junio 25 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz sobre la independencia de la acción penal y la acción disciplinaria y la inexistencia de non bis in ídem por adelantar las dos acciones contra un mismo sujeto.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-592 de diciembre 9 de 1993 con ponencia del Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz; SU044 de febrero 9 de 1995 con ponencia del Magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonell y C-948 de noviembre 6 de 2002 con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis

³⁵ Artículo 31 constitucional y Sentencia C-102 de marzo 7 de 1996 de la Corte Constitucional con ponencia del Dr. Alejandro Martínez caballero.

2.2.2 Fundamentos Procesales y administrativos del Proceso Disciplinario

Dado que el proceso disciplinario constituye la aplicación de la potestad punitiva del Estado para los *juicios* de responsabilidad en materia de violación del deber funcional de los Servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas, éste se caracteriza primordialmente por activar un aparato de mecanismos tendientes a tramitar todo un procedimiento para la investigación de las conductas que pueden constituir faltas disciplinarias. Bajo la salvedad hecha anteriormente sobre la diferencia conceptual entre proceso y procedimiento, podemos decir que como tal, en desarrollo del proceso disciplinario no se aplica *jurisdicción* en sentido estricto, ya que no corresponde a un *Juez* de la república el conocimiento de caso, salvo en el régimen disciplinario de los funcionarios judiciales, caso éste último el cual si concluye el procedimiento con una sentencia, por lo cual sí puede llamarse un proceso jurisdiccional en sentido estricto.

Como tal, el proceso disciplinario es un proceso administrativo, por las razones anteriormente expresadas y como contraposición a lo jurisdiccional de los procesos judiciales de carácter sancionatorio penal. Pero esto no obsta para que los principios generales y fundamentos procesales diferentes al de jurisdicción sean aplicados al proceso disciplinario, por el contrario, se ven aún más enriquecidos pues no solamente se predicán del él los fundamentos y principios procesales sino también los administrativos, dada su naturaleza administrativa. Así, el asunto de la competencia, como desarrollo del principio constitucional del Juez Natural es aplicable en el proceso administrativo, donde, por la naturaleza de los intereses que se discuten en instancia de sus procedimientos, ha correspondido a la Constitución Nacional definir la competencia en materia disciplinaria, tema en el cual ahondaremos posteriormente, recordando que solo puede de hablarse de *competencia* en materia disciplinaria si, según la aclaración conceptual hecha entre proceso y procedimiento, entendemos las actividades tendientes a determinar la responsabilidad disciplinaria como un *proceso* en

sentido amplio y por ser aplicación de la potestad punitiva del Estado como *jurisdicción* en sentido amplio ya que es aplicada a dirimir un caso o conflicto en particular.

Igualmente conceptos propios del derecho procesal general le son aplicables al proceso disciplinario por consagración expresa de la normatividad disciplinaria contenida en la Ley 734 de 2002, es el caso de la celeridad procesal introducida en el artículo 12 de la precitada Ley, principio no solo de corte procesal sino también administrativa. Concluimos que según lo anotado, los principios que deben orientar la actuación administrativa iluminan como principios rectores las actuaciones disciplinarias, entre ellos la economía, la celeridad, la eficacia, la eficiencia, igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución Nacional y en el artículo 3° del Código contencioso administrativo, por mandato expreso del artículo 94 del Código Disciplinario Único. El precepto constitucional referido nos recuerda que las actividades administrativas deben estar siempre orientadas al adecuado cumplimiento de los fines del Estado. Los conceptos de titularidad de la acción y los netamente procedimentales los abordaremos a continuación.

2.3 LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

La acción disciplinaria, es decir, la posibilidad de poner en funcionamiento los organismos encargados de adelantar procesos de responsabilidad disciplinaria, es una acción de naturaleza pública como lo consagra el propio artículo 68 de la Ley 734 de 2002 contentiva del régimen disciplinario de los servidores públicos. Como pública el ejercicio de esta acción pone en práctica un mecanismo público, con independencia de los conceptos penales, administrativos o procesales civiles que

nutran la acción³⁶. Además de pública es como consecuencia indesistible; oficiosa pues la Administración tiene el deber de iniciarla por propia iniciativa en los términos del artículo 69 de la citada Ley; obligatoria e indispensable como lo consagra el artículo 70 del Código Disciplinario Único, por cuanto no constituye una opción para el titular de la potestad disciplinaria el adelantarla o no, sino que por el contrario, el funcionario que tenga conocimiento de una posible falta disciplinaria debe adelantar la investigación en caso de ser competente o remitir al funcionario u órgano competente en caso de no serlo; es única e indivisible en cuanto al fenómeno de la coparticipación; imperativa para el funcionario competente, irrevocable e irrenunciable; y por último, es de naturaleza popular por cuanto cualquier persona que tenga conocimiento de una posible falta debe dar aviso a la autoridad competente.

La acción disciplinaria está encaminada a poner en movimiento los mecanismos de investigación y sanción del proceso disciplinario y su finalidad última, al igual que la del proceso disciplinario en sí, es la de salvaguardar el ordenamiento jurídico positivo en cuanto a los deberes y responsabilidades que corresponden a quienes cumplen funciones públicas.

El ejercicio de la acción disciplinaria y de la acción penal no implica un doble juicio sobre la misma causa. No se incurre en violación del principio constitucional del *non bis in ídem* cuando contra la misma persona se adelanta un proceso de responsabilidad disciplinaria y uno de responsabilidad penal con base en los mismos hechos ya que en palabras de la Corte Constitucional: *“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 e incompatibilidades, etc. (sic) y su finalidad es la de garantizar el buen*

³⁶ MEJÍA OSSMAN, Jaime y QUIÑONES RAMOS, Silvio San Martín. *Procedimiento Disciplinario*, p. 141, Ediciones doctrina y ley, Bogotá 2004

*funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo*³⁷. Por lo tanto, si bien existen similitudes entre la acción penal y la disciplinaria, los fines perseguidos, las naturalezas de las conductas que les dan origen y las sanciones jurídicas que les son consecuencia difieren sustancialmente unos de otros. “*Siendo la acción disciplinaria distinta de la penal, cada una puede adelantarse en forma independiente, sin que de su coexistencia se pueda deducir violación al principio del non bis in ídem*”³⁸

▪ **Titularidad y ejercicio de la acción disciplinaria**

El artículo 67 del Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002 consagra que el ejercicio de la acción disciplinaria corresponde en primera medida a la Procuraduría General de la Nación, al Consejo Superior y Seccionales de la Judicatura, la Superintendencia de Notariado y Registro, las personerías municipales y distritales y las oficinas de Control Interno Disciplinario sin perjuicio de las facultades disciplinarias de los superiores jerárquicos inmediatos y nominadores.

2.3.1 COMPETENCIA EN MATERIA DISCIPLINARIA

La competencia en materia disciplinaria se determina por los factores enunciados en el artículo 74 del Código Disciplinario Único, es decir: la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio de comisión de la falta, el funcional y el de conexidad. Así, la competencia genérica para adelantar las investigaciones disciplinaria contra los servidores públicos corresponde a la Procuraduría General de la Nación; las investigaciones disciplinarias contra los funcionarios de la rama judicial corresponden al conocimiento exclusivo de los Consejos Seccionales o Superior de la Judicatura³⁹; a la superintendencia de notariado y registro le corresponde adelantar las investigaciones contra los

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-244 de mayo 30 de 1996 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz

³⁸ Corte Constitucional, Ibídem

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-948 de noviembre 6 de 2002 con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis

notarios sin perjuicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación; en los distritos especiales y en los municipios ejercerá competencia las personerías municipales y distritales, también sometidas al poder preferente de la Procuraduría. Para el caso de los particulares que ejercen funciones públicas la competencia es exclusiva de la Procuraduría General de la Nación.

2.4 ETAPAS DEL PROCESO DISCIPLINARIO

Nos corresponde ahora que ya hemos analizado s fundamentos básicos de proceso disciplinario adentrarnos en las ritualidades específicas del procedimiento disciplinario, es decir, las etapas que deben cumplirse en el desarrollo de una investigación sobre responsabilidad disciplinaria adelantada por el órgano competente contra un funcionario público. El procedimiento, como ya habíamos anotado, es la secuencia específica de actividades que se cumplen dentro de un proceso, que pueden ser o no de carácter jurisdiccional y que tienen una finalidad específica, la cual es en este caso, la posibilidad de proferir una decisión de fondo sobre la responsabilidad de un sujeto disciplinable por la presunta comisión de una falta disciplinaria. El siguiente es un pequeño esbozo de las etapas que deben cumplirse en todo proceso disciplinario.

2.4.1 Noticia de la falta y valoración

El artículo 69 de la ley disciplinaria nos indica que la acción disciplinaria puede ser iniciada y adelantada:

- De oficio
- Por información proveniente de servidor público
- Por información proveniente de otro medio que amerite credibilidad
- Por queja formulada por cualquier persona

Dentro de las anteriores posibilidades quedan comprendidas otras no expresamente enunciadas como lo son la posibilidad de que la noticia de la falta llegue a conocimiento del competente para adelantar una investigación disciplinaria por medio de una compulsación de copias, un informe, una llamada, un correo electrónico, por medios de comunicación, por anónimos o por cualquier medio que resulte idóneo. La noticia de la falta no necesariamente debe constar por escrito así como tampoco se hace necesario que el denunciante, informante o quejoso demuestre interés directo en el hecho, dada la naturaleza de pública y popular de la acción disciplinaria. Con respecto a los anónimos, vale hacer la claridad que expresamente el artículo 69 del Código Disciplinario Único ordena la inadmisión de las quejas anónimas que carezcan de fundamento o de las cuales no se derive información suficiente como para iniciar una investigación disciplinaria de oficio⁴⁰.

Una vez ha llegado a conocimiento del funcionario competente, la acción disciplinaria es obligatoria y no es una opción para el operador disciplinario iniciar o no el procedimiento como tal, por ser una acción de naturaleza pública e indispensable. Lo primero que debe hacer el operador disciplinario es valorar el contenido de la información que da noticia de la presunta comisión de una falta disciplinaria, analizar la seriedad, alcance, connotación y credibilidad para determinar la ocurrencia de los hechos y la identidad del funcionario que presuntamente los ha cometido. Pueden realizarse actividades tendientes a la verificación de la información de la queja.

Una vez el operador jurídico disciplinario ha realizado esta valoración puede:

- a) Inadmitir los escritos o quejas anónimas que no presenten el fundamento necesario para adelantar investigación disciplinaria;
- b) Inhibirse de adelantar investigación disciplinaria en los casos del parágrafo 1º del artículo 150 del Código Disciplinario Único, es decir, queja manifiestamente temeraria, hechos disciplinariamente irrelevantes, hechos de imposible ocurrencia,

⁴⁰ Cfr. Ley 190 de Junio 6 de 1995 artículo 38 y numeral 1º del artículo 27 de la ley 24 de diciembre 15 de 1992

hechos presentados de manera inconcreta o hechos presentados de manera difusa.

- c) Remitir por falta de competencia
- d) Iniciar indagación preliminar
- e) Iniciar investigación disciplinaria

2.4.2 La Indagación preliminar

Cuando por cualquier medio se tenga noticia de la comisión de una falta disciplinaria, el operador disciplinario, en los términos del artículo 150 del Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002 ordenará una indagación preliminar *en caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria*. El auto que ordena la apertura de esta indagación o averiguación preliminar no tiene recurso alguno y debe ser notificado al implicado apenas este sea identificado. Según la Corte Constitucional, la etapa de la indagación preliminar dentro del proceso disciplinario no siempre debe surtirse⁴¹, solo en caso de que se presenta la mencionada duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria, mientras existen sectores de la doctrina que consideran que por respeto al principio del debido proceso y galantismo, esta etapa debería adelantarse en todo proceso disciplinario a pesar de ser una etapa de cumplimiento eventual⁴².

En esta etapa se ordenan y practican las pruebas destinadas a despejar las dudas sobre la procedencia de la investigación disciplinaria. Esta etapa tiene como finalidad la verificación de la ocurrencia de la conducta, la determinación de si la conducta constituye o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad. Igualmente se adelantará indagación preliminar en caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de la falta. La indagación preliminar se cumple por un término de 6 meses tal y como se encuentra consagrado en el artículo 150 inciso 4 del Código Disciplinario Único Ley 734 de

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-036 de enero 28 de 2003, con ponencia del Magistrado Dr. Alfredo Beltrán Sierra

⁴² MEJÍA OSSMAN, JAIME y QUIÑONES RAMOS, SILVIO SAN MARTIN. *Procedimiento Disciplinario*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2004

2002, sin consagrarse en la actual legislación vigente las características de imposibilidad de prórroga de dicho término, como sí se consagraba en la Ley 200 de 1995 en su artículo 141. En sentencia C-036 de Enero 28 de 2003 con ponencia del Dr. Alfredo Beltrán Sierra⁴³, por demanda iniciada por el doctrinante Silvio San Martín Quiñónez Ramos, la Alta Corporación declaró inexecutable el aparte del inciso 3 del artículo 150 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 en el cual se dejaba abierta la determinación del término y duración de la indagación preliminar. Como consecuencia de este pronunciamiento, se tiene que aunque la ley no lo consagre explícitamente, el término de 6 meses para la indagación preliminar es un término perentorio que debe ser respetado por los operadores disciplinarios o de lo contrario se estarían irrespetando principios constitucionales de debido proceso, derecho de defensa y presunción de inocencia⁴⁴. Excepción al anterior postulado lo constituyen las investigaciones por faltas disciplinarias que atenten contra los Derechos Humanos y el DIH, caso en el cual la indagación preliminar podrá prorrogarse hasta por seis (6) meses adicionales. En caso de vencimiento de los términos de la indagación preliminar debe tenerse en cuenta si se han recopilado las pruebas necesarias, para dictar, según sea el caso, el auto de apertura de la investigación o el de archivo definitivo de la actuación.

2.4.3 Investigación Disciplinaria

En caso de identificación del posible autor o autores de la falta disciplinaria, se iniciará la investigación disciplinaria en los términos del artículo 152 y siguientes del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. Los fines de la indagación preliminar deben haberse observado plenamente previa la apertura de la investigación disciplinaria. Tal y como lo contempla el artículo 153 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, las finalidades específicas de la investigación disciplinaria son: la verificación de la ocurrencia de la conducta; la

⁴³ Sobre la misma cuestión ver Corte Constitucional en Sentencia de Tutela T-418 de mayo 22 de 2003 con ponencia del Magistrado Dr. Alfredo Beltrán Sierra

⁴⁴ MEJÍA OSSMAN, JAIME y QUIÑONES RAMOS, SILVIO SAN MARTIN. *Procedimiento Disciplinario*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2004, p. 366

determinación de si dicha conducta es constitutiva de falta disciplinaria; el establecimiento de los motivos determinantes, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión de la conducta, el perjuicio causado a la administración y la responsabilidad del investigado. Para todo ello en la investigación disciplinaria se lleva a cabo la etapa de instrucción, en la cual el operador disciplinario recauda las pruebas necesarias para el cumplimiento de dichos fines.

Contra el auto que ordena la apertura de la investigación disciplinaria no procede recurso alguno y debe notificarse personalmente al ahora investigado, que no puede ser persona indeterminada por cuanto su identidad debió haberse especificado en la etapa de la indagación preliminar. En esta etapa el investigado puede aportar pruebas y solicitar la práctica de las que considere indicadas en el marco de la libertad probatoria que rige en derecho disciplinario, y en caso de ser negadas por el funcionario instructor, no procede sino el recurso de reposición ante él mismo. Hemos de recordar que en esta etapa, como en cualquier otra del proceso disciplinario y por mandato especial del artículo 92 numeral 3 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, el investigado tiene derecho, como desarrollo del principio de debido proceso y defensa, a ser escuchado en versión libre, garantía que opera hasta antes de proferirse el fallo de primera instancia.

Como lo habíamos mencionado en el aparte relativo a la Indagación Preliminar comentando que dicha etapa no es como tal obligatoria dentro del proceso disciplinario, es por tanto posible que una vez conocida la falta, si en la noticia no hay duda sobre la identificación del implicado y no es necesario adelantar las averiguaciones correspondientes a la indagación preliminar, podrá el funcionario competente dictar inmediatamente el auto de apertura de investigación. De acuerdo con el artículo 156 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, la investigación disciplinaria tiene un término de seis (6) meses los cuales sería prorrogables hasta por nueve (9) meses cuando se cumpla dicho término sin practicar pruebas que pudieran modificar el curso de la investigación. Igualmente

en este caso opera la excepción para investigaciones por faltas disciplinarias contra los Derechos Humanos o el DIH de las consagradas en el artículo 48 numerales 5 al 11 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, eventos en los cuales la investigación disciplinaria podrá prorrogarse hasta por doce (12) meses, dado el especial manejo probatorio que suele desarrollarse para este tipo de faltas. Existen para el caso de concurso de personas o de faltas diferentes tipos de prórrogas para la investigación disciplinaria, lo cual no nos corresponde aquí analizar y que viene descrito en el artículo 156 de la Ley Disciplinaria.

La decisión que el investigador disciplinario debe tomar al vencimiento del término de la etapa de instrucción o investigación debe corresponder a la evaluación de la investigación, con base en el conocimiento aportado por las pruebas que se han practicado y lo que se ha debatido hasta ahora en el proceso en cumplimiento de la finalidad específica de la investigación disciplinaria sobre la determinación de la responsabilidad del implicado.

2.4.4 Evaluación o calificación de la investigación y Pliego de Cargos

La investigación es calificada por el funcionario investigador competente de acuerdo con los medios de prueba aportados y practicados durante la etapa de instrucción de la investigación disciplinaria. Pueden ser dos diferentes las decisiones que se tomen en la evaluación de la investigación. Por un lado puede ser ordenado en virtud de los artículos 164 y 73 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, el Archivo Definitivo de la actuación, decisión que puede tomarse por encontrarse que no han sucedido los hechos, que estos no constituyen falta disciplinaria, que el funcionario investigado no los cometió o que se ha actuado en desarrollo de una causal de exclusión de responsabilidad. Esta decisión debe comunicarse al quejoso y está sujeta a recurso de apelación. A igual decisión debe llegarse en caso de que se venza el término de la investigación disciplinaria y no se reúnan los requisitos legales para dictar pliego de cargos.

La decisión de evaluación contraria a la anteriormente descrita es la formulación del pliego de cargos. El funcionario competente de la investigación disciplinaria formulará Pliego de Cargos cuando, en los términos del artículo 162 de la Ley 734 de 2002 se encuentre que está objetivamente demostrada la falta y existe prueba que compromete la responsabilidad del investigado. Tal y como lo ha aclarado la Corte Constitucional⁴⁵, por ser la formulación del pliego de cargos un auto de trámite, contra tal decisión no procede recurso alguno, siendo cuestionable exclusivamente por vía de tutela en caso de que se demuestre en forma abierta que el funcionario actúa de manera irrazonable. Sobre la decisión de evaluación de la investigación que formula pliego de cargos se sientan los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso disciplinario, constituyéndose así en la pieza central y principal del proceso disciplinario; por medio de él se le está enseñando al investigado la falta disciplinaria que se le endilga para un efectivo ejercicio del derecho de defensa.

A pesar de no ser recurrible, el auto de formulación de cargos debe ser notificado personalmente al procesado pues es esta la principal manera que tienen los investigados de realizar efectivamente una defensa material ante la falta disciplinaria que se les endilga. De acuerdo con el artículo 163 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, el Pliego de cargos debe contener:

- La descripción y determinación de la conducta investigada con indicación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar como sucedieron los hechos
- Indicación de las normas que se consideran violadas, el concepto de la violación y la modalidad específica de la conducta
- Identificación de maneta clara y precisa del investigado con indicación del número de su documento de identidad.
- El cargo que el funcionario público desempeñaba para la época de la ocurrencia de los hechos
- Análisis y valoración de las pruebas en las que se fundamentan los cargos

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-418 de agosto 28 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonell

- Indicación clara de los criterios que se tienen para considerar la mayor gravedad o levedad de la falta
- Indicación de la forma de culpabilidad que se atribuye al disciplinado
- Análisis de los argumentos expuestos por los investigados o sus apoderados

Es necesario el trabajo por parte del operador disciplinario para analizar los fundamentos que los llevan a dictar el auto de pliego de cargos, analizando además las pruebas hasta ahora recaudadas en la etapa de instrucción y los argumentos que los sujetos procesales han presentado. Este pliego de cargos es vinculante en cuestiones de congruencia con el fallo que da por terminado el proceso disciplinario, si bien lo anterior no obsta para hacer una variación de la calificación de la falta o la conducta de acuerdo con las pruebas que posteriormente obren dentro del trámite procesal.

Este es el momento el cual el principio al debido proceso en su variante del derecho de defensa técnica cobra mayor relevancia al obligar al operador jurídico disciplinario a nombrar un defensor de oficio al investigado que no ha podido vincularse personalmente al proceso de investigación que se adelanta en su contra. Una vez se ha dictado el pliego de cargos y este se ha notificado, inicia un término de diez (10) días de los cuales dispone el investigado para presentar sus descargos y aporte o solicite pruebas que considere necesarias.

2.4.5 Etapa de Juzgamiento: Etapa probatoria y alegatos de conclusión

Luego de presentados los descargos a las imputaciones hechas al investigado dentro del auto de formulación de cargos, se fija por parte del investigador disciplinario fecha y hora para la práctica de las pruebas que fueron solicitadas por el procesado en sus descargos. Al igual que los autos de pruebas que han de haber sido proferidos en las etapas de indagación y de investigación, éste auto debe ser comunicado al investigado o su apoderado. En esta etapa procesal sí es

procedente el recurso de apelación contra el auto que niega pruebas solicitadas por el investigado, el cual se concederá en el efecto devolutivo, como lo consagra el artículo 115 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, si en el auto que decide sobre aquellas pruebas, se negaron algunas y se concedieron algunas otras. Por lo anterior, es viable que mientras se decide el recurso en instancia superior, se evacue la práctica de las pruebas que fueron ordenadas. Al igual que e toda etapa del proceso disciplinario, impera la libertad probatoria, es decir, cualquier medio de prueba es válido siempre y cuando sea considerado necesario, pertinente y conducente.

Si bien el funcionario investigador, el operador disciplinario ya ha tenido dos etapas para la práctica de las pruebas que considere pertinentes – indagación preliminar e investigación disciplinaria – en esta etapa, y dado que pueden existir nuevas informaciones que aporten un nuevo conocimiento del caso, puede igual ordenar pruebas de oficio a practicar. Esta etapa probatoria tiene estipulado un término legal de noventa (90) días que pueden ser prorrogables en caso de que no hayan sido obtenidos los medios de prueba sin culpa del investigado o su apoderado y cuando, a juicio del operador disciplinario, constituyan un elemento probatorio fundamental para la determinación de la responsabilidad del investigado. Las anteriores consideraciones encuentran su respaldo en el artículo 163 de la Ley disciplinaria general.

Una vez practicadas las pruebas de oficio y de descargos que han sido ordenadas y vencido el término para su recepción, el expediente se deja a disposición de los investigados y sus apoderados para que presenten alegatos de conclusión. Si bien el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 no consagró una disposición especial sobre alegatos de conclusión, en su artículo 92 numeral 8 los tiene en cuenta como uno de los derechos del investigado. El término para la presentación de los alegatos fue aclarado por la Corte Constitucional⁴⁶ que consideró que debía aplicarse como solución a la ausencia legal de un término, la normatividad adjetiva

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-107 de febrero 10 de 2004 con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Araujo Rentería

penal, que para tal efecto consagra un periodo de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de la notificación del auto pertinente, tal y como está consagrado en el artículo 165 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de la sentencia. Una parte considerable de la doctrina se aparta de dicha posición, al considerar que en virtud del artículo 96 inciso 2º de la normatividad disciplinaria hace referencia directa al Código Contencioso Administrativo para llenar los vacíos de formalidades no reguladas por el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, debiendo ser de diez (10) días el término consagrado.

Debe tenerse en cuenta que puede presentarse el caso de que exista renuencia por parte del investigado o de su apoderado a presentar contestación al pliego de cargos, o que inclusive presentándola, no solicite pruebas o pida traslado para alegar de conclusión, caso en el cual, ante la ausencia de pruebas de descargos por practicar y si tampoco existieran pruebas de oficio por agotar, se procederá de dicha manera a dictar el auto de sustanciación que decreta los alegatos de conclusión. La posibilidad de alegar de conclusión hace parte sustancial del derecho de defensa y del debido proceso ya que en ellos el investigado hace un análisis de las nuevas pruebas practicadas y de su incidencia en los aspectos debatidos.

2.4.6 Fallo y Recursos

Vencido el mencionado término de traslado, sea que se hayan presentado o no alegatos de conclusión, el expediente del proceso pasará al despacho para su evaluación por parte del operador disciplinario y para dictar el fallo respectivo. Dicho fallo debe ser, en los términos del artículo 169 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, emitido dentro de los veinte (20) días siguientes al término para presentar descargos o del término probatorio en caso contrario, lo cual debe entenderse, siguientes al vencimiento del término para alegar de conclusión. El fallo deberá contener las formalidades consagradas en el artículo 170 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 y contener una decisión

absolutoria o sancionatoria con base en la valoración de la responsabilidad disciplinaria de los investigados.

El fallo deberá notificarse de manera personal o por edicto al investigado o su apoderado, tiene un término de ejecutoria de tres (3) días y contra él proceden los recursos de reposición únicamente en caso de que se trate de un proceso de única instancia o de reposición y cancelación en caso de ser de primera instancia. Estos recursos deberán interponerse dentro del término de ejecutoria de la decisión final del proceso y se concederán en el efecto suspensivo según lo contemplan los artículos 113 y 115 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. También tiene derecho a interponer estos mismos recursos el quejoso en caso de fallo absolutorio, para lo cual dicho fallo deberá serle comunicado.

2.5 CLASES DE PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS

Lo hasta ahora comentado sobre los aspectos generales y grandes etapas del proceso disciplinario son las reglas generales consagradas en la Ley disciplinaria para el juzgamiento de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas. Si bien estas etapas deben cumplirse en toda clase de procesos disciplinarios por respeto del debido proceso, existen formalidades específicas para ciertas clases de procedimientos, para lo cual a continuación haremos una mención y breve referencia a las clases de procedimientos disciplinarios consagrados por el Código Disciplinario Único.

2.5.1 Procedimiento Ordinario

El procedimiento ordinario disciplinario es la cuerda procesal por la cual habrá de surtirse la generalidad de los juicios de responsabilidad disciplinaria que se

adelanten contra servidores públicos destinatarios de la Ley 734 de 2002. Este procedimiento es de aplicación residual en cuanto deberá tramitarse por sus disposiciones todo proceso disciplinario cuyo trámite no se adecue a ninguno de los procedimientos especiales consagrados por el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. Dado que es este procedimiento el que marca las pautas generales de las formalidades a seguir, las etapas descritas en el acápite anterior son las consagradas en la ley para el procedimiento ordinario disciplinario. En los artículos 150 y siguientes del Código Disciplinario Único, correspondientes al Título IX de dicha normatividad, están descritas las formalidades a cumplirse en éste, siendo un procedimiento ampliamente garantista en cuestión de posibilidad de ejercicio del derecho de defensa por parte de los investigados y cuyas etapas probatorias de variada índole permiten al procesado aportar elementos de juicio para el investigador que aquel puede recopilar en un amplio periodo de tiempo desde que es formalmente notificado de la iniciación de una indagación preliminar o de una investigación disciplinaria en su contra hasta que el expediente entra al despacho para fallo de primera instancia. Estas amplias oportunidades probatorias, el respeto estricto del debido proceso y del derecho de defensa, el régimen de notificaciones y comunicaciones, la amplitud de los términos y los traslados brindan garantías significativas para la defensa del investigado y para la contradicción de las pruebas que se alleguen en su contra.

2.5.2 Procedimiento Verbal

El Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 introdujo de cierta manera el llamado Procedimiento Verbal Disciplinario dentro de sus procedimientos especiales, consagrado los artículos 175 y siguientes de dicho código. Si bien la Ley 200 de 1995 también incluía una disposición sobre procedimiento verbal, era solo una ampliación del procedimiento especial ante el procurador general de la nación y no un procedimiento autónomo como tal.

Este procedimiento se caracteriza a grandes rasgos por ser considerablemente más corto en cuanto a su duración, tener etapas más reducidas y desarrollarse en audiencias. La competencia para estos procesos sigue las reglas generales de competencia, las notificaciones se producen en estrados y la oralidad es la regla general que ilumina este procedimiento que se hace mucho más apto para implementarse los medios técnicos de los cuales habla el artículo 98 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002.

El artículo 175 de la normatividad disciplinaria general consagra los eventos de aplicación del procedimiento verbal, estando este procedimiento reservado para los casos de flagrancia, confesión, para las faltas leves, para los casos específicos de ciertas faltas gravísimas y para cuando al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estén ya dados los requisitos para dictar el pliego de cargos.

2.5.3 Procedimiento Especial ante el Procurador General de la Nación

Por último, dentro de los procedimientos especiales, el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 consagra el procedimiento especial que se surte ante el Procurador General de la Nación para los casos consagrados en el numeral 1º de artículo 278 constitucional, previa declaración de procedencia que deberá hacerse por medio de decisión motivada. Este proceso también es de estirpe verbal y se desarrolla en audiencias según las reglas de los artículos 182 y siguientes del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002.

3. EL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO

En este capítulo presentaremos un estudio más específico sobre el procedimiento verbal disciplinario, partiendo desde la génesis de la normatividad que lo consagra y sentando los fundamentos del proceso verbal en el derecho disciplinario y un análisis específico de las garantías fundamentales dentro del marco de dicho procedimiento para terminar con la descripción de los casos que deben seguirse por la cuerda procesal del procedimiento verbal y una breve enunciación del desarrollo y las etapas específicas del proceso.

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO

3.1.1 Antes de la unificación de la normatividad disciplinaria

Siendo puntuales en una referencia específica que pueda tenerse del procedimiento verbal disciplinario en Colombia antes de la primera unificación de la normatividad disciplinaria de los servidores públicos de la Ley 200 de 1995, tenemos que referirnos al Proceso Disciplinario abreviado que se desarrolló en el Ministerio de Hacienda y crédito público y que se encontraba consagrado en los 786 de marzo 15 de 198s, reglamentario del decreto extraordinario 2400 de septiembre 18 de 1968 y el Decreto Legislativo 400 de Febrero 10 de 1983 y que se respaldaba en las disposiciones de los códigos Contencioso Administrativo y de Procedimiento Civil. Este proceso disciplinario abreviado se surtía en caso de

faltas de naturaleza leve y la potestad sancionadora estaba en cabeza del superior inmediato del funcionario que cometía la falta, que estaba en la Ley Disciplinaria, la cual no se encontraba recopilada en un solo cuerpo normativo para esa época. Su trámite abreviado estaba previsto para ser concluido en un plazo de ocho (8) días. Luego del conocimiento de la falta, el jefe inmediato solicitaba por escrito una explicación de los hechos y practicaba las pruebas que fueran consideradas conducentes y pertinentes, de lo cual daba aviso al jefe de la dependencia disciplinaria o investigadora, luego de evaluar las explicaciones y las pruebas, se imponía, si era procedente, una sanción que podía ser una amonestación escrita con o sin anotación en la hoja de vida. Si no era procedente la imposición de la sanción se archivaba la actuación. No obstante la competencia del superior inmediato, en cualquier momento el jefe de la dependencia investigadora podía asumir el conocimiento de la causa, de igual manera se debía proceder en caso de advertir que la naturaleza de la falta era distinta a leve. En ningún caso este procedimiento abreviado que se podía desarrollar como consecuencia de faltas gravísimas.

Este procedimiento que se llevaba a cabo en el ministerio de hacienda y crédito público puede tomarse como el primer referente de un procedimiento verbal disciplinario o en general de un procedimiento disciplinario que atendiendo a razones de levedad de la falta o causales específicas, seguía unas formalidades menos estrictas que las de una investigación ordinaria, aunque no fuera por completo de estirpe oral o verbal.

3.1.2 Procedimiento verbal disciplinario en la Ley 200 de 1995

El primer intento para sistematizar en un solo cuerpo normativo las disposiciones disciplinarias a nivel nacional se dio con la expedición de la Ley 200 de 1995, primer Código Disciplinario Único. El panorama anterior a dicha normativa legislativa mostraba una completa difusión y proliferación de normas disciplinarias de diferente escala, en ninguna de las cuales se consagraban los principios

generales a habrían de tenerse en cuenta para la implementación de este régimen sancionatorio. Esta variedad de normas disciplinarias de todo nivel fue lo que impulso al Ministerio Público, como órgano máximo de carácter disciplinario a nivel nacional, a impulsar un proyecto de Ley que pretendiera dotar el régimen disciplinario de los servidores públicos del Estado a nivel nacional de un cuerpo normativo sistematizado que marcara los principio a seguir dentro de los procedimientos sancionatorios de esta clase así como fijara derroteros generales de determinación de faltas y sanciones.

Este primer Código Disciplinario Único, consagrado en la Ley 200 de 1995, fue un paso de gran importancia en la construcción de una dogmática propia para esta rama del derecho sancionador estatal, el derecho disciplinario. Con la implementación de esta Ley disciplinaria general, no solo se marcaron las pautas generales a seguir así como la fijación de un procedimiento único sino que también se establecieron criterios determinantes en la construcción de una dogmática jurídica disciplinaria. El procedimiento ordinario para la puesta en práctica de las investigaciones por la presunta comisión de conductas constitutivas de falta disciplinaria sería aplicado a la generalidad de los servidores públicos. Además se estableció un procedimiento verbal que se seguía como competencia exclusiva del Procurador General de la Nación para unos casos específicos. La norma del artículo 170 de la Ley 200 de 1995 consagraba la posibilidad de extender las disposiciones de ese procedimiento verbal que se seguía ante el procurador general de la nación a ciertos casos específicos competencia de los demás órganos que detentaban la acción disciplinaria.

Así, cuando existiera flagrancia, confesión o falta leve, la investigación sería tramitada por la línea de los procedimientos establecidos para la competencia del Procurador General de la Nación, es decir, se seguiría un procedimiento de carácter verbal, con citación a audiencia y más abreviado en el tiempo de duración del mismo. La implementación de este procedimiento verbal para el trámite de investigaciones disciplinarias para los casos establecidos en la ley pretendía dotar

de una mayor eficiencia y celeridad a dichos procesos de carácter sancionatorio y conseguir así, no solo un ahorro en términos de economía procesal sino una mayor implementación de ideales de oralidad en diferentes ámbitos del derecho adjetivo. Pero en la realidad el procedimiento verbal no fue efectivamente aplicado en los despachos de los operadores disciplinarios, la cantidad de procesos verbales que se llevaba era reducida, no solo por tratarse de hipótesis extrañas las consagradas en la ley como habilitantes para su trámite, sino por la fuerza de la costumbre de adelantarse un procedimiento escrito ordinario para la investigación de faltas disciplinarias. En conclusión, la normativa contentiva de este primer código disciplinario único no consagraba al procedimiento verbal disciplinario como un procedimiento autónomo basado en causales concretamente estructuradas, sino que simplemente hacía una extensión de la aplicación del Procedimiento verbal especial ante el Procurador General de la Nación.

3.1.3 Procedimiento verbal disciplinario en la Ley 734 de 2002

No puede ser sino hasta la expedición de la ley 734 de 2002, contentiva de un nuevo intento de formulación de un Código Disciplinario Único, que puede hablarse de que existiera una regulación específica del tema del *Procedimiento Verbal Disciplinario* como un procedimiento autónomo dentro de la normatividad disciplinaria, ya que esta Ley sí consagra, en el capítulo I del Título XI del Libro II al Procedimiento Verbal como uno de los procedimientos especiales para tramitar la investigación de presuntas faltas disciplinarias.

Es así como para el año 2002, y de nuevo por iniciativa del Ministerio Público y de su máximo representante el Procurador General de la Nación, se presentó y expidió un nuevo Código Disciplinario Único, esta vez consagrado en la ley 734 de 2002, que contenía instituciones y etapas mucho más acabadas que las del anterior cuerpo normativo. Entre las figuras innovadoras, creadas por la ley 734 de 2002, se encuentra la consagración autónoma del procedimiento verbal para casos determinados en la ley. Este procedimiento verbal ya no se encuentra como

una simple referencia de la ampliación del trámite de competencia del Procurador General de la Nación, sino que por lo contrario, es creado como un procedimiento especial por contraposición del procedimiento ordinario para investigación de faltas disciplinarias.

Según la ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único se tramitará por el procedimiento verbal disciplinario las conductas presuntamente constitutivas de faltas disciplinarias cuando el autor confiese su comisión, cuando exista flagrancia, cuando la falta sea leve, cuando sea una de las faltas contenidas en el catálogo taxativo del artículo 175 inciso 2º de la mencionada ley – taxativamente especificadas – y cuando, al momento de valorar sobre la apertura de la investigación disciplinaria, se encuentren dados los requisitos para proferir pliego de cargos. En estos casos se citará inmediatamente a audiencia y se tramitará el proceso por medio del procedimiento verbal. En la exposición de motivos dada por el Congreso de la República previa a la expedición de la Ley 734 de 2002 se sostuvo que una de las finalidades que buscaba cumplir el legislador con la consagración de un procedimiento verbal para la investigación de las faltas disciplinarias del servidor público, era dotar de una mayor celeridad a este tipo de procesos de juzgamiento de responsabilidad, y poder hacer así más efectiva la sanción que pueda aplicarse, por ser más cercana al momento de la comisión de la falta y *no cuando la sociedad ya no resienta el hecho censurado*. De la misma manera, en diferentes sentencias la Corte Constitucional ha expresado que la consagración de este trámite procedimental no es violatoria del derecho de igualdad o el de defensa, por ser libertad configurativa del legislador la de fijar vías procesales especiales para ciertas situaciones claramente definidas⁴⁷. La garantía de los principios referentes al derecho al debido proceso se da de manera efectiva aunque se consagren etapas probatorias más reducidas, ya que el respeto por la defensa, la legalidad y todos los derechos del procesado continúa incólume.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1076 del 5 de Diciembre de 2002 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández

El procedimiento verbal disciplinario, trámite que debe ser seguido en los eventos para ello consagrados en el artículo 175 del Código Disciplinario Único actual, es por su naturaleza un procedimiento mucho más corto en términos de duración en el tiempo, a razón de que se desarrolla en un número reducido de audiencias, en las cuales se recogen las solicitudes de pruebas, se decide sobre su procedencia, se practican, se escuchan los alegatos e inclusive se decide sobre los recursos propuestos al fallo. Esto propende además por el logro más efectivo de principios de la Administración Pública como los de celeridad y eficiencia; igualmente, por la inmediatez e inmediación que se desarrolla en estos procesos entre el implicado o investigado y el operador jurídico disciplinario⁴⁸, se ve favorecida la capacidad de dictar fallos sobre la responsabilidad disciplinaria del servidor público, teniendo en cuenta la naturaleza sancionatoria del proceso. Por otra parte, un proceso de esta índole, donde la mayoría de las decisiones que se tomen por parte del operador disciplinario deben hacerse en el transcurso de la misma audiencia, suele prestarse para la comisión de errores en virtud de los cuales se equivoquen determinaciones procesales que puedan conducir a nulidades o vicios en el procedimiento.

La norma legal que consagra el procedimiento verbal disciplinario no aclara la obligatoriedad de proceder por dicho trámite al encontrarse el operador disciplinario frente a una de las causales habilitantes de su adelantamiento. La inexistencia de jurisprudencia y doctrina al respecto ha creado un problema sin resolver en cuanto a la posibilidad de tramitar el procedimiento ordinario disciplinario para los casos establecidos en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único.

⁴⁸ GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO. *Estudios de derecho disciplinario*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; Ediciones Nueva Jurídica. 2004 p. 158

3.2 FUNDAMENTOS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO

La consagración en la normatividad disciplinaria de un procedimiento que obedeciera a un trámite más abreviado que el procedimiento ordinario es consecuencia de la voluntad del legislador de plasmar en las disposiciones que integran el código disciplinario único, ciertos intereses actuales de la Administración y de la Justicia. De una manera muy acertada, la Corte Constitucional en el fallo de constitucionalidad 1076 de 2002, haciendo el análisis de los cargos impetrados contra el artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, hace referencia a los antecedentes de dicha norma en los debates que se llevaron a cabo en el congreso previos a su aprobación, los cuales nos permitimos transcribir a continuación:

“En la época actual, en que la celeridad es elemento esencial de la eficacia, es preciso que los órganos de control cuenten con herramientas legales ágiles y dinámicas que permitan dar respuestas oportunas, cuando todavía la sociedad resiente la conducta irregular del funcionario o el daño acusado, y no cinco años después cuando la sanción ha perdido tanto la pertinencia como sus efectos reparadores. Este es el criterio que orienta e inspira el procedimiento disciplinario previsto en el último libro del proyecto. Por esta razón, se creo un procedimiento verbal simplificado a la realización de una audiencia dentro de los dos días siguientes a la verificación de la situación de flagrancia o al conocimiento del hecho; es aplicable por el jefe inmediato cuando la falta sea leve o cuando el servidor público sea sorprendido en flagrancia o confiese la autoría de una falta grave o gravísima.”⁴⁹

El texto anteriormente relacionado nos permite analizar que son varios los fundamentos que el legislador disciplinario tuvo para consagrar una disposición que contuviera un procedimiento específico como el verbal disciplinario que se

⁴⁹ Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24.

siguiera en ciertas y determinadas ocasiones con causales específicamente enumeradas y que se constituyera como una clase autónoma de cuerda procesal para adelantar las investigaciones disciplinarias contra los servidores públicos.

▪ **Fundamentos Procesales y constitucionales**

Por una parte encontramos los fundamentos procesales, es decir aquellas razones que atañen a la lógica misma procesal, de la puesta en movimiento de la jurisdicción, si se nos permite la expresión. El principal fundamento procesal de la consagración del procedimiento verbal es la búsqueda de la efectiva realización material del principio de la celeridad, consagrado para el ámbito de la Ley disciplinaria en el artículo 12 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 en los siguientes términos:

***Artículo 12.** El funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente con los términos previstos en ese código.*

El impulso oficioso de la actuación se encuentra su razón en dos conceptos. Primero, la calidad de los intereses que protege el derecho disciplinario, es decir, un interés público, por cuanto salvaguarda el deber funcional, es decir, que las funciones desarrolladas por los servidores públicos siempre estén dirigidas a cumplir con los fines del Estado y garantizar el interés general. Por otra parte, este impulso oficioso es consecuencia directa de la calidad de oficiosa de la acción disciplinaria, por la misma razón antes anotada; la acción disciplinaria es oficiosa y una vez se ha conocido de la presunta comisión de una falta disciplinaria, el funcionario competente está en la obligación de adelantar la actuación investigativa, no siendo para él potestativa la elección.

Si bien la celeridad es a su vez un principio administrativo de los consagrados en el artículo 209 de la Constitución Nacional, lo enumeramos como principio que

sirve de fundamento procesal ya que ha servido de justificación legislativa para la consagración del procedimiento disciplinario como consecuencia de dos vertientes o representaciones, las cuales son: La descongestión y la economía procesal. Si bien estos dos conceptos parecen identificarse por ir tan unidos y apuntar hacia un mismo fin, la verdad es que se complementan para poder lograr cumplir con el principio de celeridad de las actuaciones procesales. Sobre la economía procesal la Corte Constitucional ha establecido en sentencia fundante respecto de este tema⁵⁰ que es necesario que los servidores del Estado ajusten sus actos a los criterios constitucionales y procedan a eliminar papeleos y obstáculos que transgreden los mencionados preceptos. De acuerdo con esto y siguiendo tanto el fallo de la Corte Constitucional como la doctrina procesal civil⁵¹, el principio de celeridad es un principio procesal de raigambre constitucional según el cual le asiste la obligación a los *funcionarios judiciales* de velar por una pronta y cumplida justicia evitando las dilaciones injustificadas. Es en virtud de este principio que se recalca, de manera expresa en la legislación disciplinaria ya mencionada, que los términos y las oportunidades procesales son perentorios, improrrogables y de obligatorio cumplimiento.

Como consecuencia de buscar la garantía efectiva de la celeridad y ante la realidad de los despachos judiciales y administrativos del país, la descongestión de los mismos se hace necesaria para poder llegar a las metas de verdadero respeto de los términos procesales y así dar cumplimiento al mandato constitucional que en virtud del debido proceso exige se garantice la celeridad procesal. Es de esa manera⁵² como el legislador en diversas oportunidades ha proferido normatividad tendiente a descongestionar los despachos judiciales y en general los encargados de administrar justicia, disposiciones algunas de estas las cuales han tenido ese fin directo y específico y en otras oportunidades la finalidad de descongestión ha servido de fundamento para la consagración de cierta

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-012 de febrero 24 de 1992 con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo

⁵¹ CARDONA GALEANO, PEDRO PABLO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 5ª edición. Bogotá. Leyer. 2003. p. 35

⁵² Ley 23 de marzo 21 de 1991; decreto 2651 de 1991 y ley 446 de julio 7 de 1998 para mencionar ejemplos directos y sin dejar de tener en cuenta la ley 640 de enero 5 de 2001

normatividad. Consideramos que ese es el caso del desarrollo de procedimientos verbales y abreviados, que por sus específicas connotaciones dotan de mayor agilidad a la administración de justicia y coadyuvan así en la búsqueda de una efectiva celeridad procesal. La doctrina ha sido contundente en afirmar que se hace indiscutible que el procedimiento verbal garantiza una mayor eficiencia y celeridad dentro del proceso disciplinario y se debe resaltar que con esto se le da cumplimiento al mandato contenido en el artículo 8 de la convención americana sobre derechos humanos que se refiere a la necesidad de que para que el proceso sea justo, debe realizarse sin dilaciones injustificadas.

En términos de economía procesal, este es un concepto de estricto talante procedimental, ya no constitucional, y representa la búsqueda del máximo resultado con el mínimo de empleo de la actividad procesal⁵³. Este principio procesal busca evitar las actividades onerosas de toda clase en el desarrollo de un procedimiento, para no incurrir en derroche innecesario ni de dinero, ni de tiempo ni de dedicación. Es claro que la consagración de un procedimiento verbal, en cuanto permite una mayor concentración de las actuaciones y que las diligencias sean practicadas en audiencias, facilita que el proceso tenga una menor duración y se invierta en él menos talento humano por parte de la Administración. Esto permite que para los casos ciertos y determinados que el legislador haya establecido, se invierta por parte del funcionario investigador competente, menos tiempo, dinero y dedicación y se pueda con ello, descongestionar los despachos disciplinarios, permitir un mejor acceso a la justicia en términos de efectividad y dar cabal cumplimiento al principio constitucional de la celeridad procesal.

En palabras de ESCOBAR LÓPEZ: “es evidente que el juicio oral garantiza una mayor eficiencia y le da celeridad al proceso en la medida en que permite un desarrollo más ágil; eso además le da más fortaleza y equilibrio al proceso, ya que

⁵³ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, editorial Aguilar, 1966, p 59

conduce a que el proceso termine en un periodo razonable, lo que además le da credibilidad a la Administración de justicia frente a la sociedad”

Debe anotarse que, siguiendo las palabras de la intervención del Ministerio Público ante la demanda de constitucionalidad presentada contra el artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 y fallada en sentencia C-1076 de 2002 de la Corte Constitucional, el legislador disciplinario se tomó muy en serio la idea de la oralidad⁵⁴ siendo congruente con la tendencia actual, no solo en procesos de índole sancionatoria, sino en la mayoría de vías para acudir a la administración de justicia. Además de la implementación de las ideas de la oralidad en el proceso disciplinario, la consagración de un procedimiento verbal favorece la concentración y por lo tanto la inmediación del juez con la práctica de la prueba y con los investigados mismos, lo que en última instancia no solo favorece la economía procesal, sino inclusive el propio conocimiento del juez sobre los aspectos que se debaten. Con respecto a este último punto incluimos uno de los fundamentos procesales que ha servido de justificación para la consagración del procedimiento verbal disciplinario, el principio de la inmediación.

Nos permitimos seguir las palabras del Viceprocurador General de la Nación GÓMEZ PAVAJEAU, quien al respecto comenta sobre las ventajas que se asignan a la hora de llevar un procedimiento por el trámite verbal, ventajas a la hora de decidir sobre la responsabilidad de un ciudadano:

“A saber: la inmediación probatoria, la publicidad, la amplia contradicción, el escenario de igualdad en que se produce la prueba, la concentración probatoria, la celeridad, etc. Los procesos seguidos de esta manera, se dice, discurren de manera más ágil, y por ende los resultados en términos de fallo efectivo, se producen en menor tiempo”⁵⁵

⁵⁴ GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO. *Estudios de derecho disciplinario*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; Ediciones Nueva Jurídica. 2004

⁵⁵ *Ibíd.* p. 159

La intermediación consiste en el conocimiento directo que el funcionario, en este caso el operador disciplinario, debe tener de todos y cada uno de los medios de convicción que obran dentro del proceso⁵⁶. En desarrollo del principio de intermediación y dentro del ámbito del procedimiento verbal disciplinario, la práctica de las pruebas debe realizarse dentro de la audiencia pública, permitiéndole al funcionario que conoce de la investigación, tener una mayor relación y más directa con los medios de prueba y con el conocimiento que éstos aportan. La implementación en la práctica del procedimiento verbal en materia disciplinaria permite que también se extienda a este campo la posibilidad de que el funcionario de instrucción de una causa pueda tener relación y conocimiento directo con ella como director del proceso que es; la existencia de la audiencia pública es la que permite el desarrollo de este principio en el aspecto disciplinario, lo cual es algo que únicamente permite el procedimiento verbal. La doctrina resalta el hecho de que en este tipo de procedimiento hay un mayor número de datos posibles de convicción, lo cual es una gran ventaja en un proceso que busca asignar responsabilidades, *“sin duda, la intermediación probatoria permite que el fallador decida con mejores argumentos”*⁵⁷

Como principio fundamental orientador que la consagración de un procedimiento abreviado disciplinario de estirpe verbal está al actual tendencia de la legislación colombiana hacia los procesos orales y a la implantación de los principios de la oralidad en la instrucción y el juzgamiento de las causas judiciales, al menos las de naturaleza sancionatoria. La legislación internacional, aplicable por vía de bloque de constitucionalidad, ha sido reiterativa en la necesidad de la implementación de sistemas orales de juzgamiento en la normatividad interna de los Estados⁵⁸. La implantación de la oralidad en los procesos disciplinarios y en general en toda causa procesal en Colombia, la cual es la luz orientadora de la

⁵⁶ ESCOBAR LÓPEZ, EDGAR A. *El proceso disciplinario verbal. Ordinario, Militar y de Policía*. Bogotá. Editorial Leyer. 2005

⁵⁷ GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO. *Estudios de derecho disciplinario*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; Ediciones Nueva Jurídica. 2004 p. 157

⁵⁸ Artículo 10 de la declaración universal de los derechos humanos, artículo 11 ibídem, artículo 14 del pacto internacional de los derechos civiles y políticos en el ordinal 1, artículo 8 de la declaración americana de derechos humanos y las reglas de Mallorca.

consagración del procedimiento verbal de la ley disciplinaria, tiene su fundamento constitucional tanto el artículo 29 sobre el debido proceso, como el artículo 93, por medio del cual se aplica el bloque de constitucionalidad en nuestra legislación interna⁵⁹.

▪ **Fundamentos Administrativos**

El procedimiento disciplinario es un procedimiento administrativo como tal⁶⁰, salvo los procedimientos disciplinarios que adelantan los consejos seccionales y superior de la judicatura contra los funcionarios judiciales, y como tal está sujeto a los principios que rigen la actividad disciplinaria. Lo anterior se extrae de los artículos 21 y 96 inciso 2º por cuanto aclara que en lo procesal la norma disciplinaria se rige por los principios constitucionales y en cuanto a las formalidades por las normas del código contencioso administrativo. Los trámites ante la Procuraduría General de la Nación constituyen el agotamiento como tal de una vía gubernativa y por lo tanto los fallos por ella expedidos son recurribles en instancia de lo contencioso administrativo. Los principios que rigen la actividad administrativa son por tanto aplicables al campo del derecho disciplinario y deben ser observados en las actuaciones llevadas a cabo por los operadores o funcionarios disciplinarios. Lo anterior significa que en todo procedimiento donde se investigue la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, por ser esta investigación también una representación de la función administrativa, debe estar regida también por los principios de buena fe, igualdad, moralidad, economía, imparcialidad, participación, responsabilidad, publicidad, transparencia y contradicción.

Una especial mención merece dos de los principios de la función administrativa que son los de eficacia y eficiencia, referidos respectivamente al logro de las finalidades y la aptitud en el cumplimiento de la función pública. En el campo

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995 con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero

⁶⁰ MUÑOZ MARTÍNEZ, NANCY YANIRA. *La doble naturaleza del poder disciplinario*. Bogotá. Procuraduría General de la Nación. 2002

procedimental, se dice que se actúa en cumplimiento del principio de eficacia cuando se busca que los procedimientos logren la finalidad para la cual han sido establecidos removiendo los obstáculos puramente formales⁶¹ y en desarrollo de este principio se consagran mecanismos procesales que permitan una mayor atención a los aspectos sustanciales y que no desgasten la actividad administrativa de manera innecesaria.

▪ **Fundamentos Dogmáticos**

Para concluir el aspecto de los fundamentos de la consagración de un procedimiento verbal disciplinario, analizaremos de manera muy puntual las razones dogmáticas dentro del campo disciplinario que permiten la enunciación de causales específicas de tramitación de un procedimiento especial diferente al ordinario.

Por una parte tenemos el debilitamiento *a priori* de la presunción de inocencia. Esta garantía fundamental consagrada en el artículo 29 de la Constitución Nacional y que hace parte del catálogo de garantías consecuenciales del principio del debido proceso se encuentra también reflejada en el artículo 9º de la normatividad del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. Si bien solamente el fallo disciplinario puede desvirtuar la presunción de inocencia de un funcionario investigado, el legislador entiende que en ciertos casos dicha presunción puede entenderse debilitada incluso antes del inicio de la investigación disciplinaria por ciertas circunstancias de hecho que rodean la comisión de la conducta que presuntamente comporta falta disciplinaria. Existen por tanto ciertas condiciones de hecho que se ven reflejadas en determinados fenómenos procesales que producen un debilitamiento *a priori* de la presunción de inocencia, entre los cuales podemos resaltar, como los más claramente significativos la confesión y la flagrancia. Entiende así el legislador que en caso de que la falta disciplinaria sea confesada por el funcionario eventualmente investigado o en casos de se este

⁶¹ RAMOS ACEVEDO, JAIRO. *Derecho administrativo disciplinario. Conforme con la ley 734 de 2002. Régimen disciplinario general y especial*. Bogotá. Editorial Leyer. 2003

funcionario sorprendido en flagrante comisión de falta disciplinaria, la garantía de presunción de inocencia, si bien debe mantenerse, se ve seriamente atacada por las consecuencias jurídicas que estos fenómenos conllevan, por lo cual, bajo e debilitamiento de dicha presunción, el debate probatorio que tendría que agotarse en las etapas de instrucción y de juzgamiento se ve significativamente reducido, por lo cual, y siguiendo parámetros de economía procesal, es viable aplicar un procedimiento más expedito que el ordinario para la investigación de la conducta⁶².

Con el mismo argumento de la reducción de la exigencia en el debate probatorio y dentro de la libertad de configuración que en materia de procedimientos le asiste⁶³, el legislador disciplinario ha especificado un catálogo taxativo de faltas. Es así como en el inciso 2º del artículo 175 el legislador ha descrito un catálogo de faltas gravísimas en consecuencia de las cuales se adelantará el procedimiento especial verbal disciplinario para su investigación. Esta actitud legislativa se enmarca, como ya decimos, dentro de la libertad de configuración que en materia de procedimientos le asiste al Congreso de la República para fijar las formas propias de cada juicio en virtud de mandato constitucional⁶⁴, y como lo ha sostenido la Corte Constitucional⁶⁵, no es violatoria del derecho a la igualdad pues garantiza que todos los servidores a quienes se les impute la comisión de una falta disciplinaria de las descritas en el inciso preceptuado, serán investigados y juzgados por la vía del procedimiento verbal.

De esta manera encontramos identificados y descaminados las razones y fundamentos de la consagración de un procedimiento especial dentro del proceso disciplinario que sigue las reglas de la oralidad y que busca garantizar la celeridad

⁶² GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO. Op. Cit.

⁶³ Respecto del tema de la libertad de configuración legislativa en procedimientos en materia disciplinaria, obsérvese además Corte Constitucional, Sentencia C-037 de febrero 5 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Vladimiro Naranjo Mesa y C-290 de abril 2 de 2008 con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Córdoba Triviño

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-708 de septiembre 22 de 1999 con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1076 de diciembre 5 de 2002 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández

procesal en el acceso a la justicia disciplinaria sin dejar de lado la protección y salvaguarda de las garantías y derechos fundamentales constitucionales.

3.3 GARANTÍAS FUNDAMENTALES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO

Es redundante recordar que en todo proceso de índole judicial o administrativa deben respetarse y guardarse con el mayor recelo las garantías y derechos fundamentales del procesado, investigado, o como quiera que se le llame, muy especialmente las relativas a la dignidad humana, principio orientador de la Constitución Nacional de 1991, y al debido proceso, el cual garantiza el respeto a esta dignidad humana cuando se es sometido a un juicio ante agentes de la Administración. Esta salvaguarda de las garantías del debido proceso se exige de manera aún más especial en los procesos de estirpe sancionatoria, como los procesos disciplinarios, donde se impone el poder punitivo del Estado. A pesar de llover sobre mojado con estas ideas, es de tener especial cuidado, y por esa razón hacemos aquí la referencia, al cuidado y respeto por los derechos que surgen del principio del debido proceso, en desarrollo del procedimiento verbal disciplinario, ya que las etapas consagradas para éste, sus términos reducidos y las especiales causales que llevan a su trámite, pueden poner en peligro efectivo estos derechos, o pueden llegar a verse menoscabados.

La Corte Constitucional⁶⁶ ha expresado ya que la consagración de un procedimiento verbal para la investigación de ciertas y determinadas faltas disciplinarias no comporta una violación al derecho de igualdad de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas, ya que como comentamos en el acápite anterior, esta facultad de definición se encuentra dentro de la libertad de configuración del legislador en materia de

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1076 de diciembre 5 de 2002 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández

fijación de procedimientos y reglas propias de cada juicio. Por otra parte ha reiterado la doctrina que el proceso verbal, en cualquiera de las áreas del derecho, no constituye una excusa para desconocer las garantías del procesado, por el contrario debe tenerse un mayor cuidado en la defensa de dichas garantías fundamentales. En cuestión del respeto debido a la garantía constitucional de la presunción de inocencia hay que aclarar que si bien esta garantía se entiende debilitada a priori por efecto de ciertas circunstancias de hecho ya descritas que constituyen situaciones procesales, es solo hasta la ejecutoria del fallo disciplinario sancionatorio que esta presunción de inocencia puede ser desvirtuada, la posibilidad de tramitar una investigación por el procedimiento verbal disciplinario no implica que se presuma culpabilidad del funcionario implicado, ni siquiera en caso de flagrancia o confesión, pues para determinar la verdadera responsabilidad es necesario agotar las etapas procesales debidas pues la carga de la prueba de en la acción disciplinaria, la cual es oficiosa, corresponde plenamente al Estado.

Al respecto de la tesis según la cual el procedimiento ordinario es más garantista con el investigado en términos de derecho de defensa por permitir de una manera más amplia ejercer dicho derecho en diferentes oportunidades no es del todo cierta, ni muy viable de ser sostenida, Es cierto que los términos en el procedimiento verbal son significativamente más reducidos, pero igual hemos visto que el legislador ha configurado las causales habilitantes del procedimiento verbal para aquellos casos en que al menos *ab initio* se considera que el debate probatorio del caso no es tan exigente como el que puede ser desplegado en un proceso ordinario; por lo tanto, si bien existen términos más cortos e igualmente perentorios en desarrollo de este procedimiento, no se considera por parte del legislador que para esas causales sea necesario un amplio debate probatorio que implique mayor gasto de tiempo para el recaudo de pruebas e información. Además de ello, en el procedimiento verbal disciplinario se mantienen las etapas en las cuales se pueden tanto aportar como solicitar pruebas por parte de los investigados, desde el momento de ser notificado del auto de citación a audiencia el implicado puede aportar los documentos que presenten información que pueda

servir para demostrar su inocencia dentro de los cargos que se le imputan. En la audiencia podrá solicitar las pruebas que considere necesarias y pertinentes para el caso en concreto y la legislación le da la posibilidad de recurrir en segunda instancia la decisión que le niegue pruebas que hayan sido por él solicitadas.

La facultad de ser escuchado en versión libre y con ello aportar conocimiento para el operador disciplinario también se mantiene en el procedimiento verbal, por lo cual no podría asegurarse de entrada que el procedimiento verbal sea menos garantista en cuanto a la defensa del investigado simplemente por tener términos más cortos, si este caso se presentará en el ejercicio y la práctica forense, lo cual no deja de ser posible, no es como tal un problema que provenga de la disposición de este procedimiento, sino de cada uno de los casos específicos, lo cual le corresponderá analizar al operador disciplinario.

La garantía misma de que deben ser plenamente observadas las etapas propias del procedimiento es una defensa al debido proceso del investigado, el procedimiento verbal disciplinario como vía procesal especial consagrada por el legislador, si bien goza de términos procesales más reducidos, no deja por eso de tener las debidas oportunidades probatorias para ejercer los derechos de contradicción que constitucionalmente asisten a todo procesado.

3.4 CASOS EN QUE DEBE SEGUIRSE EL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO DE LA LEY 734 DE 2002

De acuerdo con el artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 contra los servidores públicos en cuatro eventualidades, consagrando también un caso en que el procedimiento se puede aplicar a cualquier clase de sujeto disciplinable, completando así un catálogo de 5 causales que analizaremos a continuación:

3.4.1. Flagrancia

Consagra la normatividad disciplinaria en el inciso 1º del artículo 175 que el procedimiento verbal disciplinario se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, lo cual se adecua a la figura de la flagrancia⁶⁷. En caso de comisión de faltas disciplinarias solo podríamos hablar de flagrancia cuando el sorprendimiento del servidor público se dé en ejecución de una conducta que a todas luces sea contraria al deber funcional, parece claro que no podría hablarse de flagrancia en las situaciones en que para entender que la conducta es constitutiva de falta disciplinaria se haría necesario hacer una evaluación más detenida o en contraste con otra información. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que ya que en derecho disciplinario no se ha construido el concepto de *captura* del derecho procesal penal para permitir la individualización del autor, dicha identificación dependería de la credibilidad del testigo o reduciría los casos de flagrancia únicamente a los eventos donde quien sorprende al sujeto disciplinable en la presunta comisión de falta disciplinaria fuera el funcionario competente para la investigación, es decir, el operador disciplinario.

3.4.2 Confesión

Dado que la confesión autoriza el proceso disciplinario por la aceptación nuda de la responsabilidad, ésta autoriza el trámite del procedimiento verbal, ya que, al igual que en el caso anterior pero con mayor fuerza aún, se pone de relieve desde antes de la investigación disciplinaria el debilitamiento de la presunción de inocencia a causa de dicha aceptación. Ya que inclusive en los casos de la confesión calificada, esta presunción de inocencia se entendería en parte desquebrajada⁶⁸, inclusive en ese evento se justificaría tramitar la investigación

⁶⁷ Código de Procedimiento Penal Ley 906 de agosto 31 de 2004, artículo 301

⁶⁸ GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO, Op. Cit.

disciplinaria por un trámite más expedito, de acuerdo con los fundamentos que hemos venido analizando.

3.4.3 Faltas leves

Es claro que si se abre la posibilidad de seguir un trámite con términos más cortos y donde primen los principios de concentración y oralidad para ciertas y determinadas causales fácticas y procesales, una de estas últimas será cuando en ilícito disciplinario haya sido considerado leve, es decir, el perjuicio que se haya causado efectivamente a la administración y al deber funcional por parte del servidor público sea de una dimensión menos de acuerdo con las reglas introducidas por el artículo 43 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. En caso entonces de colegirse del material probatorio existente, bien sea del recaudado durante la indagación o la investigación o de extraído de la noticia de la falta, la menor entidad de la falta a juzgar, se seguirá el procedimiento verbal disciplinario. Hay que advertir que si en algún momento de la investigación disciplinaria o en la etapa de juzgamiento el funcionario competente, es decir, el operador disciplinario, deduce del conocimiento del caso que la falta por la cual se está investigando al funcionario puede ser de una calificación diferente a la leve, deberá inmediatamente cambiar el trámite al procedimiento ordinario en aras de garantizar el debido proceso y no cercenar oportunidades procesales al implicado.

3.4.4 Faltas gravísimas enunciadas en el inciso 2º del artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002

El legislador, dentro de la libertad de configuración que le atiende en materia de fijación de procedimientos y de las formas propias de cada juicio, ha consagrado un catálogo específico de faltas disciplinarias gravísimas para la investigación y el juzgamiento de las cuales se seguirá y tramitará el procedimiento verbal disciplinario. El Ministerio Público en la intervención hecha para la sentencia de constitucionalidad C-1076 del año 2002 en cuanto al tema aquí tratado, señaló

que el catálogo de faltas gravísimas contenido en el artículo 48 de la Ley disciplinaria bien podría clasificarse en diferentes tipos de faltas según el bien jurídico o interés funcional contra el cual atenten y precisó que la labor del legislador disciplinario consistió en fijar que para ciertos grupos de faltas, el procedimiento pertinente a seguir en cuanto a su investigación y juzgamiento sería el procedimiento verbal. De esta manera, explica el Viceprocurador General de la Nación en el mencionado concepto, “las faltas gravísimas que se tramitarán por el procedimiento verbal son algunas relacionadas con el servicio o la función y algunas relacionadas con el manejo de la hacienda pública y de los recursos públicos y otras relacionadas con la contratación estatal”⁶⁹. Como ya hemos resaltado, la característica común de este grupo de faltas es que se trata de conductas que no ameritan un debate probatorio como el señalado en el proceso ordinario, lo cual termina obedeciendo a los mismos fundamentos de celeridad y economía procesal y se enmarca siempre dentro de la libertad de configuración del legislador.

3.4.5 Cuando al momento de valorar sobre la decisión de apertura de la investigación ya estén dados todos los requisitos sustanciales para proferir el pliego de cargos

Los requisitos sustanciales para proferir el pliego de cargos están dados en el artículo 162 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 y básicamente son dos: la demostración objetiva de la falta y la existencia de prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. La doctrina de la Procuraduría General de la Nación ha sido clara en insistir en que esta causal es una causal independiente que lleva al trámite de las investigaciones por la vía del procedimiento verbal y que cuando el legislador dice “en todo caso” no se está refiriendo única y excluidamente a los casos enunciados en los primeros 2 incisos del artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. Contrario a eso, cualquiera que sea el sujeto disciplinable y la naturaleza de la falta cometida, se debe citar a audiencia si al momento de hacer la evaluación de la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1076 de diciembre 5 de 2002 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández

requisitos sustanciales para proferir el pliego de cargos, contenidos en los artículos 161 y 162 de la Ley disciplinaria⁷⁰. Para la doctrina especializada, esta causal es la más clara muestra del interés del legislador por permitir un proceso disciplinario no tan plagado de dilaciones y que como forma efectiva de autotutela sea expedito en el tiempo sin dejar de ser garantista⁷¹.

La fundamentación última de la consagración de esta causal es clara, si ya con la noticia de la falta y la información que la acompañaba o de los resultados de la etapa de indagación preliminar, se tiene el material básico para elevar un pliego de cargos, resulta innecesario adelantar un periodo de investigación completamente inútil, pues las finalidades de tal etapa (esclarecer si la conducta constituye falta disciplinaria y si hay material probatorio que comprometa la responsabilidad de la persona) se encuentran previamente logradas con la información y el caudal probatorio que obra dentro del proceso. “El proceso verbal no es una patente de corso para entrar a saco en las garantías procesales; significa el trámite de un proceso con menos ritos pero con respeto a ultranza de las garantías intangibles”⁷².

3.5 CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO

En el capítulo anterior correspondiente al proceso disciplinario hemos estudiado ya las etapas del proceso disciplinario, disposiciones que son aplicables en general a todos los procesos disciplinarios que se lleven a cabo con base en el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. Sin embargo, el proceso verbal disciplinario, por tener unos términos más cortos, y sobre todo por estar inspirado en criterios de oralidad que buscan mayor celeridad de la actuación procesal, tiene etapas específicas, que si bien cumplen con todos los estancos propios del proceso

⁷⁰ Procuraduría 1ª delegada para la contratación estatal, fallo de segunda instancia y nulidad dictada dentro del proceso del radicado 083-1901/02

⁷¹ GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO, Op. Cit.

⁷² *Ibíd.*, p. 168

disciplinario para garantizar el debido proceso, tienen igualmente ciertas particularidades en cuanto a las etapas, no solamente con referencia a que sea desarrollado mayormente en audiencias sino con respecto a la secuencia de actos procesales para llegar al fallo.

3.5.1 Trámites y etapas específicas del procedimiento verbal disciplinario

Las formas como la noticia de la falta pueden llegar a conocimiento del órgano específico que para el caso en concreto tenga el ejercicio de la acción disciplinaria permanecen invariables con respecto de las reglas generales del procedimiento ordinario disciplinario, siendo las principales de estas la queja, la denuncia, el informe, la comunicación, al compulsa de copias, medios electrónicos o de comunicación o bien porque la acción se inicia de oficio⁷³. De la información recibida por cualquiera de estos medios puede procederse, si es el caso y así lo amerita, a la iniciación de la indagación preliminar y luego de esta a la apertura de la investigación, o bien puede abrirse directamente investigación dependiendo de la contundencia de la información recibida en la noticia de la falta o de la información y las pruebas con las que cuente el operador disciplinario al momento de iniciar la acción disciplinaria oficiosamente. Posteriormente de la investigación preliminar o en caso de que el *habilitante* del procedimiento verbal sea el consagrado en el inciso 3 del artículo 175 se citará a audiencia.

Este auto de citación a audiencia es la gran diferencia del procedimiento verbal con el procedimiento ordinario, de alguna manera se puede decir que reemplaza al auto de formulación de cargos. Esta citación a audiencia se notificará personalmente al procesado y a su defensor de acuerdo con el artículo 155 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. El contenido de este auto de apertura con cargos y citación a audiencia se encuentra reglado en los artículos 162 y 183 de la normatividad disciplinaria. Después de que el procesado ha sido informado de los cargos que se le imputan por medio de la notificación personal del anterior auto, el implicado podrá

⁷³ Salvo los apartes en que se remarque la especial diferencia nos referimos en todo este acápite al capítulo segundo numeral 4 de la presente obra

presentar sus descargos hasta antes de la audiencia, pudiendo aportar o solicitar pruebas o presentando un escrito de descargos si así lo quisiese.

La audiencia se realiza de acuerdo con lo consagrado en los artículos 185 y 188 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, esta deberá realizarse no antes de diez días contados a partir de la notificación que la ordena ni después de quince. En esa audiencia se dará lectura al pliego de cargos siendo el momento procesal para que el investigado aporte o solicite pruebas que allí mismo se decretarán si se consideran pertinentes, conducentes y necesarias. Las pruebas se practicarán igualmente en audiencia que se realizará en el término de 10 días tal y como lo indica el artículo 188 del Código Disciplinario. Posteriormente y respetando la posibilidad de que se presenten alegatos de conclusión, se citará a audiencia para lectura del fallo, la cual se hará verbal y será motivada, su notificación será por estrados, los recursos que procedan deberán interponerse en audiencia y sustentarse dos días después. La segunda instancia goza de un término máximo de 22 días para resolver. En caso de no presentarse recursos o después de la resolución de los mismos se procederá a la ejecución del fallo.

4. LA OBLIGATORIEDAD DE SEGUIR EL TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO

Después de haber abordado ya los temas básicos sobre los fundamentos del derecho disciplinario, el proceso disciplinario como tal y de explicar cuándo es procedente el procedimiento verbal según lo consagrado en el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, pasaremos ahora al estudio específico de qué tan vinculante son las disposiciones que consagran el trámite del procedimiento verbal desde el punto de vista del operador disciplinario y si éste se encuentra obligado a tramitar los casos consagrados en el artículo 175 de la Ley disciplinaria por el procedimiento verbal siempre que se cumplan dichas eventualidades, Para ello vamos a abordar los principios procesales que le son aplicables al proceso disciplinario y ver cómo éstos pueden incidir en la respuesta a nuestro interrogante.

4.1 EL DEBIDO PROCESO

Consagra el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 en su artículo 6°:

***Artículo 6° - Debido Proceso.** El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal material de las normas que determinen la ritualidad del proceso (...).*

El debido proceso es una garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano y que le garantiza ser juzgado ante juez o tribunal competente y con la observancia plena de las formas propias de cada juicio. La garantía constitucional del debido proceso es de aplicación inmediata y está consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 10 y 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (artículo XXVI) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, Artículos 8 y 9) y en nuestra carta política en el artículo 29. Esta integrado por varios aspectos diferentes al ya nombrado del Juez Competente (autoridad judicial o administrativa que lleva el proceso⁷⁴), comprende también las garantías de defensa, la posibilidad de interponer recursos, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se le imputa, la aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria, el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas, la ocasión de presentar y controvertir pruebas, junto con otras manifestaciones más específicas como la prohibición de analogía, la irretroactividad de la ley sancionatoria, la *no reformatio in pejus* y el *non bis in ídem*; pero sin duda, el más relevante de todos, la observancia de las formas propias de cada proceso según sus características⁷⁵, en resumen, la garantía de las normas sustanciales y procesales que le sean aplicables al caso en particular.

Nos valemos de la definición doctrinaria de PALACIO JARAMILLO, que comenta: “*Derecho fundamental al debido proceso es aquel que garantiza a todos los individuos el juzgamiento con respeto a las normas sustantivas y procesales que le sean aplicados al caso en particular*”⁷⁶, entendiendo así el debido proceso en su acepción más general como el respeto a las reglas previas, tanto sustantivas como procesales, que regulan el proceso, de lo cual podemos extraer, que como control a la actividad jurisdiccional y punitiva de la Administración, el debido

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-187 de mayo 6 de 1998 con ponencia del Magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara y C-175 de febrero 14 de 2001 con ponencia del Magistrado Dr. Alfredo Beltrán Sierra

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-460 de Julio 15 de 1992 con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo

⁷⁶ PALACIO JARAMILLO, MARTHA INÉS. *El debido proceso disciplinario. Garantías constitucionales*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2001, p. 48

proceso se caracteriza principalmente por la debida sujeción a la ley, lo que conocemos, en un sentido amplio, como principio de legalidad.

4.1.1 Principio de Legalidad

Como principal manifestación de la garantía constitucional del debido proceso encontramos el principio de legalidad, desarrollo de la disposición superior que prohíbe que alguien sea juzgado sin atenerse a las normas preexistentes al acto que se le imputa. Este principio de legalidad constituye parte esencial del debido proceso, en principio significa la necesidad de que la autoridad judicial o administrativa que dirige el proceso se atenga rigurosamente a la ley preexistente al hecho para adelantar el juzgamiento de las causa que lo ocupa, lo cual es consecuencia de ser el nuestro un Estado de derecho donde la autoridad, es decir, la Administración pública también esta sometida al imperio de la ley. En un sentido general el principio de legalidad es la sujeción de la Administración a la ley, en el sentido procesal que nos ocupa como principio que hace parte de la garantía fundamental al debido proceso, la ley a la que tiene que sujetarse la Administración es la relativa a las cuestiones sustantivas y procesales que pueden ser aplicables a una causa en específico. De ahí la máxima de que nadie puede ser disciplinado sino conforme a las normas preexistentes al acto que se le imputa⁷⁷ siendo identificado el principio de legalidad con la exigencia de *lex scripta, stricta, certa e praevia* y englobando sin duda alguna el principio de tipicidad – que para el tribunal de lo constitucional en Colombia constituye el fundamento del principio de legalidad – dentro de la concepción de la legalidad. Cito a la Corte constitucional cuando comento: “*el principio de legalidad en materia sancionatoria, [...] constituye parte integrante del principio del debido proceso y en virtud del cual tanto las conductas ilícitas como las sanciones correspondientes deben estar determinadas en ley anterior a la ocurrencia de los hechos respectivos*”⁷⁸. El principio de legalidad es entendido por la doctrina como un límite

⁷⁷ BULLA ROMERO, JAIRO ENRIQUE. *Derecho Disciplinario, Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único*. 2ª edición. Bogotá. Temis. 2006

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-124 de Febrero 18 de 2003 con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Araujo Rentería.

al actuar del Estado, eliminando su potestad disciplinaria frente a las conductas no estipuladas como falta disciplinaria⁷⁹, su contenido son reglas que brindan seguridad jurídica a los destinatarios de la ley disciplinaria, de esta manera lo incluye el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 en su artículo 4º que reza: “*el Servidor Público y el particular en los casos previstos en este código, solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización*”. Si bien esta definición identifica al principio de legalidad con una de sus variantes, la de tipicidad.

La Corte Constitucional reconoce el principio de legalidad como una salvaguarda jurídica de los asociados, al permitirles conocer de manera anticipada las conductas que son reprochables y las sanciones aplicables a estas, no siendo posible, a partir de este principio la posibilidad de adelantar una investigación y menos aún imponer una sanción si el precepto y su correspondiente consecuencia jurídica no se encuentran previamente definidos en la ley⁸⁰.

Aquí se estudiará la incidencia del principio de legalidad en la obligatoriedad de tramitar el procedimiento verbal disciplinario mediante sus dos variantes específicas, el principio de reserva legal y el principio de tipicidad, siguiendo el concepto doctrinal que enseña que en una interpretación amplia, el precepto del principio de legalidad contenido en el artículo 29 constitucional, implica no solo la exigencia de ley habilitante o reserva de ley, sino también la traslación a la actividad administrativa sancionadora del principio de tipicidad y en general la aplicación de los principios condicionantes de la actividad sancionadora del Estado⁸¹.

⁷⁹ MEJÍA OSSMAN, JAIME y QUIÑONES RAMOS, SILVIO SAN MARTIN. *Procedimiento Disciplinario*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2004, p. 2

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-796 de agosto 24 de 2004 con ponencia del Magistrado Dr. Rodrigo Escobar Gil

⁸¹ RAMOS ACEVEDO, JAIRO. *Derecho administrativo disciplinario. Conforme con la ley 734 de 2002. Régimen disciplinario general y especial*. Bogotá. Editorial Leyer. 2003

Principio de legalidad: Variante de reserva legal

Cuando expresamos que la Administración y en específico los funcionarios competentes de adelantar una investigación disciplinaria están sujetos a la ley en la aplicación que de ella hagan en un proceso, estamos intrínsecamente sosteniendo que la responsabilidad jurídica de los servidores públicos es cuestión que debe ser regulada por la ley, ya que la exigencia de una norma anterior al acto que se imputa exige también que esta norma sea del más alto rango, de carácter general e impersonal, dictada por el legislador. Partiendo del artículo 124 constitucional que determina que la Ley será la que regule la responsabilidad de los servidores públicos y a manera de hacerla efectiva (en concordancia con la cláusula general y específica de responsabilidad del artículo 6º constitucional), la Corte Constitucional ha aclarado⁸² que en virtud del artículo 150 numeral 23 de la Constitución Nacional, la fijación de la responsabilidad disciplinaria es cuestión que atañe única y exclusivamente al legislador ordinario, es decir, al Congreso de la República en su función de dictar leyes ordinarias. Lo anterior es una extensión del mandato general contenido en el numeral segundo del mencionado artículo 150 de la constitución política que consagra que es al legislador a quien le corresponde, con cierto margen de libertad configurativa, la fijación de las normas procedimentales⁸³. Con esto concretamos el campo de referencia cuando de normatividad procesal disciplinaria se trata, pues ordena la Carta Constitucional que será el legislador el que determinará la manera de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos y la norma que debe ocuparse de este tema será una Ley ordinaria. Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia recientemente reiterada sostuvo: *“las disposiciones jurídicas relativas a la responsabilidad disciplinaria son de competencia exclusiva del legislador ordinario”*⁸⁴.

⁸² Corte Constitucional, Sentencia C-037 de febrero 5 de 1996 con ponencia del Magistrado Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

⁸³ Corte Constitucional, Sentencia C-927 de julio 12 de 2000 con ponencia del Magistrado Dr. Alfredo Beltrán Sierra

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-290 de abril 2 de 2008 con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Córdoba Triviño

Si es al legislador a quien le corresponde exclusivamente la fijación de la manera como se hará efectiva la responsabilidad de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas, es decir, cómo se aplicará el régimen disciplinario a los casos concretos, quiere esto decir, que como consecuencia del principio del debido proceso, más exactamente del principio de legalidad en su variante de reserva de ley, a los destinatarios de la ley disciplinaria les asiste la seguridad, la cual a la vez es una garantía, de que los procedimientos para juzgar las conductas constitutivas de faltas disciplinarias son de regulación exclusiva por el legislador. En materia de procedimientos disciplinarios solo le compete al legislador establecer las normas que le son aplicables, solo por medio de una norma legal, ordinaria más exactamente, se pueden fijar las formas de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos, es decir, fijar el proceso disciplinario, sus formalidades propias y los procedimientos en específico. Es un desarrollo de un punto que ya habíamos abordado al hablar de la libertad de configuración que le asiste al legislador en materia procedimental disciplinaria. Pero no es solo una libertad del legislador, sino una garantía fundamental de los destinatarios de la norma disciplinaria, ya que en virtud del debido proceso que la constitución les protege y del principio de legalidad, existe reserva legal en el establecimiento de los procedimientos para juzgar las conductas que atentan contra el deber funcional y son constitutivas del falta disciplinaria.

De lo anterior colegimos que no es constitucional regular los procedimientos disciplinarios ni las formalidades propias del proceso disciplinario por vía normativa distinta a la ley, lo cual impide que la Administración dentro de su función reglamentaria se abrogue la capacidad de fijar procedimientos, o de determinar causales para seguir uno u otro procedimiento u alterar las etapas que deben cumplirse dentro del desarrollo del juicio disciplinario. En virtud de las relaciones especiales de sujeción que informan la vinculación de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas con la Administración no existe un estricto principio de reserva legal en materia de infracciones a la ley disciplinaria, por cuanto la regulación de las faltas no

necesariamente debe ser por vía legal (salvo las de carácter gravísimo), es decir, no existe reserva legal sino simplemente una cobertura legal – de acuerdo con la cual la ley sí se debe determinar la forma de graduar la gravedad de las conductas atentatorias del régimen disciplinario – lo cual no ocurre, como venimos explicando, en materia de procedimientos, pues la Constitución Nacional obliga que la forma de hacer efectivo el régimen disciplinario sea desarrollado por medio de Ley. Si excluimos la posibilidad, de que en desarrollo del principio de legalidad en su variante de reserva de ley, la Administración u otro órgano cualquiera pueda determinar la forma de hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, con mayor razón debemos, en defensa de los mínimos principios y garantías constitucionales, excluir por completo la posibilidad de que sea el funcionario competente para adelantar las investigaciones disciplinarias el que determine cuáles serán las vías procesales para hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria para un caso en concreto.

Concluimos que por existir reserva de ley en materia de fijación de procedimientos disciplinarios, por cuanto es a éstos a quienes corresponde la tarea de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos, única y exclusivamente una ley ordinaria dictada por el congreso de la república puede ser la que fije qué trámites procesales se seguirán para cada caso en que se investigue una conducta presuntamente constitutiva de falta disciplinaria por atentar contra el deber funcional. La fijación de este trámite procesal está protegida por una garantía que le asiste a los administrados y mas exactamente a los destinatarios de la ley disciplinaria en cuanto les asegura que solo por medio de ley se podrán regular los procedimientos a los cuales se verán sometidos en caso de ser sujetos de investigación disciplinaria. Cualquier otra forma de fijación de procedimientos para establecer responsabilidad disciplinaria distinta a la ley ordinaria como lo manda la constitución, atenta contra la garantía fundamental del debido proceso, que protege con reserva de ley este tema, por tratarse de la aplicación del poder punitivo del Estado y ser procesos de carácter sancionatorio. El principio general del derecho nos enseña que donde no distingue el legislador no le es dable

distinguir al intérprete y de acuerdo con el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, no es posible que el intérprete de la ley, en este caso el funcionario específico que aplica la acción disciplinaria, vaya en contra de la disposición legal cuando esta regula específicamente un caso en concreto.

De esta manera tenemos que la determinación de qué procedimientos se seguirán en caso para investigar y juzgar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos dependiendo de las condiciones del hecho, la falta o la persona, es un asunto que únicamente le corresponde definir al legislador ordinario. En el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, artículo 175 está claramente establecido, como ya hemos visto, en qué casos el legislador ha determinado que deberá seguirse y tramitarse el procedimiento verbal en los procesos disciplinarios contra servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas. Por existir reserva de ley en materia de fijación de estos procedimientos a ningún nivel de la Administración le corresponde variar las reglas que el legislador mismo ha establecido, por lo tanto, estas normas son de imperativo cumplimiento, y cualquier interpretación o variación que se les haga, bien sea por vía reglamentaria o por parte del aplicador último, es decir, del operador jurídico disciplinario, estaría siendo violatoria del principio del debido procesos, pues echaría abajo y violaría la garantía constitucional que asiste al destinatario de la norma procesal disciplinaria de que únicamente la ley previa podría definir el procedimiento y las etapas y ritualidades que se aplicaría para su instrucción y juzgamiento. Al respecto la Corte Constitucional, en materia de procedimientos disciplinarios, ha comentado que *“las definiciones, materia del legislador, acerca de (...) las reglas sustantivas y procesales para la investigación (...) reflejan los contenidos normativos del mandato superior que trae el artículo 29 de la Carta Política⁸⁵”*. La anterior posición ha sido retomada recientemente por la Corte Constitucional, insistiendo en el punto de que en materia disciplinaria, no solamente en caso de fijación de faltas y sanciones sino también de procedimientos, existe una reserva legal *“que constituye una garantía del proceso*

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-708 de septiembre 22 de 1999 con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis, consideración 7

*disciplinario*⁸⁶. Como corolario de las expresiones del tribunal de lo constitucional en Colombia, y a razón de determinar que la Procuraduría General de la Nación no tiene competencia para fijar casos en los que se deba adelantar uno u otro – verbal u ordinario – procedimiento disciplinario, la Corte sostuvo:

*“En materia de procesos disciplinarios existe reserva legal, en el sentido de que corresponde al legislador determinar todo lo referente al funcionario competente para adelantarlos, **así como las reglas, trámite, etapas, recursos y efectos de estos trámites administrativos**”⁸⁷ (subrayado fuera de texto original)*

En sentencia fundante respecto del tema tratado la Corte Constitucional ha sostenido: *“Le corresponde al legislador establecer autónoma y libremente las reglas del debido proceso administrativo”*⁸⁸

Por lo anterior consideramos que el trámite de los procedimientos disciplinarios es un asunto reglado que por corresponder a reserva de ley por mandato constitucional no puede quedar al arbitrio ni de la Administración, so pena de estarse socavando principios básicos de Estado de derecho, ni del operador jurídico disciplinario, ya que es solamente al legislador ordinario, en su función de legislar sobre la forma de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos, al que le corresponde fijar los casos en que una investigación disciplinaria se adelantará por determinado procedimiento.

Principio de legalidad: Variante de tipicidad

Si bien la dogmática penal tradicional ha estudiado muy a fondo el principio de tipicidad desde el punto de la identificación previa y cierta de los delitos – faltas

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-328 de abril 29 de 2003 con ponencia del Magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterativa de la C-597 de noviembre 6 de 1996 con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1076 de diciembre 5 de 2002 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández, consideración 28

⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-489 de octubre 2 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonell, consideración 2.4

para nuestro caso – y de las penas – sanciones para nuestro caso – el principio de tipicidad tiene una tercera arista de poca exploración doctrinal. La tipicidad no se refiere únicamente, en materia de debido proceso disciplinario, a la fijación y conocimiento previo de los comportamientos que son entendidos por el régimen disciplinario como violatorios del deber funcional y por tanto constituyen faltas disciplinarias y de las sanciones que vienen como consecuencia del reproche punitivo por tales conductas, la tipicidad también hace referencia a la consagración previa de los procedimientos establecidos para la investigación de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas; es decir, también es una garantía del debido proceso, más exactamente del principio de legalidad constitucionalmente protegido, que existe una certeza previa sobre qué procedimiento es el que se va a seguir para procesar una presunta conducta constitutiva de falta disciplinaria.

Al respecto de la tipicidad de los procedimientos como derecho que asiste al destinatario de la norma disciplinaria, la Corte Constitucional en sentencia ya citada sostuvo:

*“De tal suerte que, al sujeto disciplinado le asiste el **derecho a conocer, ab initio**, quién va a ser el funcionario competente para adelantar la investigación y a proferir el fallo, e igualmente, **cuál va a ser el trámite que se va a seguir en su caso**. No contar con esa certeza viola, sin lugar a dudas, el derecho al debido proceso administrativo⁸⁹”.* (negrilla es nuestra)

El principio de tipicidad de los procedimientos brinda entonces la garantía de que el procesado conoce el trámite que se va a seguir para la investigación de las conductas presuntamente constitutivas de falta disciplinaria. Esto se ha logrado en la ley estableciendo claramente cuándo se van a seguir los procedimientos especiales consagrados por el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 los

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1076 de diciembre 5 de 2002 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández, consideración 28

cuales ya hemos estudiado. En el artículo 175 de la citada normativa claramente se enumeran los casos en que se seguirá el procedimiento verbal disciplinario para la investigación y juzgamiento de faltas disciplinarias, dejando los demás casos por competencia recesiva al procedimiento ordinario; por lo tanto la ley ha garantizado que previamente al juicio de reproche y al proceso como tal, el implicado o presunto infractor de la ley disciplinaria puede tener el conocimiento cierto del proceso que se seguirá en su caso. Si el operador disciplinario varía arbitrariamente este procedimiento fijado por la ley para unos casos taxativamente enumerados, entonces estaría violando la tipicidad de los procedimientos y con eso el pido e legalidad y la garantía del debido proceso disciplinario, pues correrá el implicado con una suerte distinta a la que la ley sancionatoria le había informado previamente. La tipicidad es, como parte del principio del debido proceso, una garantía para los procesados, que no puede violarse por el juez natural del caso, es decir, por el operador jurídico disciplinario que inicie la acción disciplinaria en su contra, pues la Constitución Nacional defiende esta garantía, lo cual hace que se inconstitucional la variación de los procedimientos de naturaleza sancionatoria en el momento mismo del inicio de la acción o del trámite de la instrucción.

Aunado con el principio anterior sobre la reserva de ley en materia de procedimientos sancionatorios disciplinarios podemos concluir que al destinatario de la ley disciplinaria le asisten dos derechos y garantías defendidos por el principio de legalidad como parte integrante de la garantía constitucional del debido proceso, el primero de ellos se refiere a que cuando se le procese por una investigación disciplinaria, tienen derecho a que el procedimiento que se le vaya a aplicar esté previamente determinado por la ley y exista certeza de qué procedimiento se le va a seguir, con sus trámites, términos y etapas, esto en razón del principio de tipicidad de los procedimientos que defiende el debido proceso disciplinario; por otra parte le asiste el derecho a que la fijación de estos procedimientos se haga, no solo previamente, sino que necesariamente tenga que ser por vía de una norma de carácter legal dictado por legislador ordinario, es

decir, la disposición jurídica que consagre el procedimiento que se le debe seguir, además de ser previa y cierta, claramente determinada, debe estar consagrada en una ley ordinaria expedida por el congreso de la república, por existir reserva legal en materia de responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (artículo 124 constitucional).

Concluimos así que de acuerdo con la garantía constitucional del debido proceso, aplicado al campo disciplinario y por el principio de legalidad que ésta informa, al implicado en un proceso disciplinario le asiste el derecho a conocer previamente el procedimiento que se seguirá para la investigación de su conducta ya que existe garantía de tipicidad de los procesos sancionatorios, y por otra parte le asiste el derecho y la seguridad de que este procedimiento ha sido fijado por medio de una norma general, impersonal y abstracta que es resultado de la labor del legislador ordinario. Si la ley disciplinaria ha establecido casos en los que debe seguirse el procedimiento verbal disciplinario para la investigación y juzgamiento de una presunta falta disciplinaria, el operador disciplinario y la entidad u organismo a quien le corresponda el ejercicio de la acción disciplinaria no puede variar esta disposición, pues es una garantía que le asiste al implicado, de que previamente conoce el procedimiento al cual será sometido y de que solo una ley ordinaria puede establecer estas condiciones. Cualquier actitud en contrario sería violatoria del debido proceso disciplinario por atentar contra la legalidad en sus variantes tanto de tipicidad de los procedimientos como de reserva legal en la fijación de las normas que hacen efectiva la responsabilidad de los servidores públicos.

4.1.2 Las Formas Propias de cada Juicio

La garantía constitucional referente a la obligación de observar la plenitud de las formas propias en todo proceso está consagrada en el artículo 29 de la Carta Superior y es otra de las variantes del debido proceso como derecho fundamental de los ciudadanos al consagrar textualmente que “nadie podrá ser juzgado (...) sino con observancia de la plenitud de las foras de cada juicio”. Esta garantía,

aplicada a nuestro objeto de estudio, se refiere, no solo al cumplimiento de las ritualidades del proceso disciplinario (tales como etapas, términos y actividad dentro de ellas), sino también de las formalidades de las providencias que se dicten dentro de aquel⁹⁰ e inclusive al cumplimiento de las reglas de competencia que le sean aplicables al caso específico. Para el tratadista Español Ángel Blasco Pellícer, este mandato constitucional conlleva una triple exigencia: primero, el procedimiento es consustancial a la potestad sancionadora de la Administración; segundo, se trata de una cuestión de orden público y tercero, el cual resaltamos, el procedimiento que debe seguirse es el específicamente previsto para cada caso⁹¹. Esta garantía que implica que la actuación sancionatoria de la Administración debe someterse a los cauces formales de un procedimiento y al procedimiento mismo como forma tal, ha sido desde siempre una de las principales garantías del orden público, pues la Administración no puede actuar libremente como lo hacen los particulares⁹², sino que por el contrario tiene que someterse a lo mandado por los artículos 29 y 228 de la Constitución Nacional y en general a la actuación procesal descrita en el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002⁹³.

En la sentencia fundante sobre debido proceso, la Corte Constitucional sostuvo:

“La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85) y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 10 y 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (artículo XXVI) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, Artículos 8 y 9), no consiste solamente en las

⁹⁰ PALACIO JARAMILLO, MARTHA INÉS. *El debido proceso disciplinario. Garantías constitucionales*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2001, p. 93

⁹¹ BLASCO PELLICER, Ángel, *El Procedimiento Administrativo Sancionador en el Orden Social*, tirant lo blanch editor, Valencia, España p. 23

⁹² GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *La ética de la Administración pública*, cuadernos civitas, Madrid, 1996

⁹³ PÍNEDA DE MARTÍNEZ, ROSA. *Derecho Disciplinario, Manual Práctico. Ley 734 comentada y concordada*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2002 p. 17

*posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, **la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características**⁹⁴". (Negrilla fuera de texto)*

El debido proceso como garantía constitucional consagrada a favor de los ciudadanos que se ven sometidos a cualquier tipo de proceso bien sea de naturaleza judicial o administrativa, incluye la consagración como una garantía del proceso la del respeto a las formas propias de cada juicio, es decir, para adelantar una instrucción o un juzgamiento con cumplimiento de las garantías propias del debido proceso, es necesario que se tenga un total respeto por las formas propias del juicio que se adelanta, por las etapas, trámites, términos, instancias, recursos y todas las disposiciones de índole procesal que regulan el proceso específico que se esté siguiendo. Lo anterior es una defensa de principio de legalidad en cierta manera pues propende por que no se sigan procesos con irrespeto de las disposiciones que los regulan pues con esto se violaría la ley constitucional que consagra el debido proceso como garantía de los administrados. La Corte Constitucional ha aclarado sobre el contenido del principio de las formas propias de cada juicio lo siguiente:

*"El presupuesto referido a **"las formas propias de cada juicio"** comprende el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del juicio, determinan los procedimientos o trámites que **deben surtir** ante las diversas instancias judiciales o administrativas. Dichas reglas, en virtud de la cláusula general de competencia, deben ser*

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-460 de julio 15 de 1992 con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo

fijadas por el legislador, quien, con el ánimo de brindarle a los ciudadanos medios idóneos y oportunidades de defensa de sus derechos, expide las pautas a seguir dentro de cada actuación procesal⁹⁵. Subrayas fuera del texto original.

Otros pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto han demarcado el concepto de Formas Propias de Cada Juicio como un principio integrante del debido proceso, así:

*“Ahora bien, ¿Qué se entiende por formas propias de cada juicio? Pues son las reglas –señaladas en la norma legal- que, de conformidad con la naturaleza de cada juicio, determinan cada una de las etapas propias de un proceso y que, a su vez, **se constituyen en las garantías de defensa y seguridad jurídica para los intervinientes en el respectivo litigio**. Esas reglas, como es lógico, deben ser establecidas única y exclusivamente por el legislador (...)”⁹⁶*

Vemos que el respeto de las formas propias de cada juicio es consecuencia del principio de legalidad y de tipicidad, también garantías del debido proceso constitucional, y que son las que brindan al implicado la seguridad jurídica al someterse a la jurisdicción o a la Administración. Como conclusión, La Corte Constitucional ha reiterado que *“todas las personas tienen derecho a ser juzgadas únicamente con base en leyes preexistentes y, además, por el juez competente, con observancia plena de las formas de cada juicio”⁹⁷* y este derecho que les asiste es de naturaleza superior constitucional por hacer parte de la garantía fundamental del debido proceso.

⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-652 de diciembre 3 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-140 de marzo 29 de 1995 con ponencia del Magistrado Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

⁹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-927 de julio 12 de 2000 con ponencia del Magistrado Dr. Alfredo Beltrán Sierra, en el mismo sentido T-501 de septiembre 16 de 1998 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz

Estas reglas de procedimiento están entonces instituidas como una garantía para los eventuales procesados, dando la seguridad de que el legislador las ha establecido de una manera general y que le serán aplicadas al pie de la norma por el operador jurídico. Lo anterior significa que en caso de tramitarse un proceso disciplinario en el cual las formalidades que se sigan sean diferentes a las establecidas para el caso en específico, se estará violando la garantía fundamental del debido proceso, pues no se estarán respetando las formas propias de cada juicio, principio constitucionalmente protegido. Las formalidades de cada uno de los procedimientos disciplinarios son distintas como tuvimos la oportunidad de estudiar anteriormente, por lo tanto cuando se tramita un caso de juzgamiento de responsabilidad disciplinaria por un procedimiento distinto al establecido en la Ley, se está también tramitando con formalidades, etapas, términos diferentes, violándole al implicado el derecho de ser juzgado con sometimiento pleno a las formas propias de cada juicio. Si el legislador ha establecido un procedimiento con unas formalidades específicas, al cambiarse de procedimiento por parte del operador jurídico, se alteran las formas legalmente previstas para el juzgamiento del caso concreto, vulnerándose así una garantía constitucional. Por lo tanto, no puede el operador jurídico disciplinario alterar el procedimiento a seguir en caso del trámite de un proceso, variando de ordinario a verbal y viceversa, sin incurrir en una flagrante violación del debido proceso, pues alterando el procedimiento a seguir está consecuentemente alterando todas las normas sobre formalidades propias de cada juicio y la no alteración de las mismas es una garantía constitucional del implicado.

4.2 LAS NORMAS PROCESALES Y SU NATURALEZA

Ya hemos estudiado la obligatoriedad de seguir el trámite procedimental previsto en la ley para los casos allí consagrados desde el punto de vista del debido proceso, tanto por el principio de legalidad en sus variantes de tipicidad de los

procedimientos y de reserva legal en materia de efectividad de la responsabilidad disciplinaria como con respecto a las formas propias de cada juicio. Ahora nos corresponde hacer una breve referencia a la naturaleza de las normas procesales para analizar la obligación que asiste a los operadores jurídicos, más exactamente los disciplinarios, de someterse a la normatividad procesal.

4.2.1 El principio de reserva de ley en materia de normas procesales

Hemos analizado que en materia de la fijación de normas sobre la manera de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos existe reserva legal por lo cual estas normas solamente pueden ser consagradas por Ley. Este principio no es más que aplicación al caso concreto del proceso disciplinario del principio general según el cual las normas procedimentales, es decir, las normas para hacer efectiva la tutela jurídica del derecho sustancial en general, deben igualmente ser fijadas por medio de ley, de acuerdo con la disposición constitucional contenida en el numeral 2º del artículo 150 que consagra que la expedición de códigos es asunto exclusivo e indelegable del Congreso de la República. Por ser la Administración de justicia una función pública que afecta el orden público, no puede el Estado delegar la fijación de las normas a las cuales va a estar sometido dicho proceso de Administración de justicia en un órgano distinto al que se encarga de dictar las normas generales, es decir, la ley. Este principio es consecuencia directa del hecho de ser las normas procesales normas de orden público, lo cual analizaremos a continuación.

4.2.2 Las Normas procesales son de orden público

Comentábamos que la función de administrar justicia es una de las funciones que el Estado ha guardado para sí, la Administración de justicia ha sido desde siempre una de las principales muestras de la soberanía del Estado, en esto justamente consiste su función jurisdiccional, en aplicar esa soberanía a un caso concreto de litigio entre dos o más partes. Entonces la función de administrar justicia es

función pública, que como tal concierne e importa al orden público, no solo por ser muestra la soberanía del Estado, sino porque de la capacidad de administrar eficientemente justicia a casos concretos depende la estabilidad de una organización política jurídicamente constituida.

Desde el punto de vista constitucional ha sostenido la Corte: *“Tradicionalmente, las normas procesales han sido consideradas “de orden público”, es decir, de aquellas que no pueden derogarse por convenios particulares, porque en su observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”*⁹⁸. Para la Corte, la finalidad de esta disposición es lograr la igualdad real en materia de aplicación de las normas jurídicas a la comunidad, pues solo se puede lograr tal igualdad cuando se garantiza que todas las personas que sometan sus conflictos a la jurisdicción van a ser juzgadas y van a estar sometidas a una misma ley procesal que regula los aspectos adjetivos del litigio. Por eso, si se tienen normas que regulan las condiciones procedimentales, solo se garantiza la igualdad material de los administrados si todas las personas que se encuentren en una misma situación van a ser regladas por las mismas disposiciones, comenta la Corte:

*Pero la regla general, encaminada a garantizar la igualdad, determina el establecimiento de competencias y procedimientos iguales para todas las personas. ¿Por qué? **Porque el resultado de un juicio depende, en gran medida, del procedimiento por el cual se tramite.** Éste determina, las oportunidades para exponer ante el juez las pretensiones y las excepciones, las pruebas, el análisis de éstas, etc. Existen diversos procedimientos, y, por lo mismo, normas diferentes en estos aspectos: pero, el estar el actor y el demandado cobijados por idénticas normas, y el estar todos, en principio sin excepción, sometidos al mismo proceso para demandar o para defenderse de la demanda, garantiza eficazmente la igualdad*⁹⁹.

⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-407 de agosto 28 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Arango Mejía

⁹⁹ *Ibíd*em

Esto acarrea la imposibilidad de que la fijación de las normas procesales quede sujeta a disposición distinta que la ley general, pues al interesar al orden público la función de administrar justicia, todas las personas deben gozar de la garantía de que les serán aplicadas las mismas normas adjetivas en la resolución de sus conflictos. El hecho de que las normas procesales sean de orden público lleva a una consecuencia ampliamente conocida en el mundo jurídico: que son de imperativo cumplimiento y que su contenido no puede ser variado por las partes, tal y como lo establece el Código de Procedimiento Civil:

Artículo 6º *Las normas procesales son de derecho público y de orden público y por lo consiguiente son de obligatorio cumplimiento y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares salvo autorización expresa de la ley. (Negrillas fuera de texto)*

Esto quiere decir que las normas que consagren disposiciones adjetivas, es decir, sobre procesos, son de obligatorio cumplimiento por ser de orden público. Las normas que consagran que un caso deba seguirse por determinado procedimiento son de obligatorio cumplimiento, no puede ni el funcionario que la aplica ni el particular variar dicha disposición, pues por ser de orden público son invariables e inmodificables por expreso mandato legal. Esto aplicado al caso que nos ocupa es sencillo de inferir, si la Ley disciplinaria consagra el procedimiento verbal para casos determinados, esta disposición legal es de orden público, por lo cual obliga y vincula tajantemente al funcionario y a las partes y no puede ser modificada ni variada, so pena de estar atentando contra el orden público, pues la igualdad material en materia jurídico adjetiva, solo se logra si por el respeto a las normas procesales, todos los casos similares son juzgados con base en las mismas disposiciones. Al ser las normas procesales de orden público, el mandato contenido en el artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 que consagra los casos en que deberá seguirse el procedimiento verbal disciplinario para el trámite de la investigación de la responsabilidad de un funcionario público por la violación de su deber funcional, es un mandato vinculante, de obligatorio

cumplimiento, que por ser de orden público no puede ser modificado ni por el funcionario, que en este caso sería el operador jurídico disciplinario, ni por los particulares sujetos a la disposición normativa, por lo cual, ni siquiera un acuerdo sobre el trámite del proceso disciplinario por una vía distinta a la consagrada en la ley es válido, pues reiteramos, las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento, tal y como comenta LÓPEZ BLANCO¹⁰⁰: *las partes no podrán de mutuo acuerdo intentar que una pretensión se tramite pretermitiendo diligencias*” lo cual se aplica con mucho más verás en el caso del proceso disciplinario que nace por una acción de naturaleza pública, que está fundado sobre el poder público punitivo del Estado y cuyo resultado interesa a toda la comunidad por tratarse de la moralidad de la Administración pública en el cumplimiento de los fines del Estado.

Ya que la característica de orden público de que gozan las normas procesales tiene como principal consecuencia la obligatoriedad de su obediencia por parte del funcionario encargado de aplicarla, en este caso, el operador jurídico disciplinario, volveremos sobre este tema profundizando en los conceptos de igualdad material de las normas adjetivas, neutralidad del proceso y obligatoriedad del cumplimiento de las normas procesales más adelante al ocuparnos de la obligatoriedad para el operador jurídico disciplinario como una argumento más de la obligatoriedad del trámite del procedimiento verbal disciplinario.

4.3 LA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE LOS DESTINATARIOS DE LA NORMA PROCESAL

Además de los argumentos vistos hasta ahora, la gran mayoría de estirpe constitucional y legal, existen otros de talante más bien socio jurídico, que no por

¹⁰⁰ LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo I, parte general 9ª Edición*. Bogotá. Dupré Editores. 2007, Pág. 64

eso dejan de ser igualmente importantes y de trascendencia a la hora de entender la obligatoriedad del trámite del procedimiento verbal disciplinario. Al destinatario final de la norma jurídica, es decir, el administrado, el ciudadano común, que se ve sujeto al poder y al soberanía estatal, le asiste la legítima expectativa de que las normas vigentes serán las que se le aplicarán a sus comportamientos y son a las cuales está cometido. Lo anterior por la base misma de nuestro Estado, el cual según el artículo 1º de la Constitución Nacional es un Estado de derecho, donde la administración está sujeta a la ley y la ley es a la vez garantía de respeto de los derechos de los ciudadanos.

Al verse un ciudadano inmiscuido en un proceso de naturaleza sancionatoria donde se investiga y juzga su responsabilidad jurídica, a este ciudadano le asiste la legítima expectativa que la ley pública, previa y cierta que él conocía es la que se aplicará para su caso en concreto, ello es una consecuencia directa de la imperio del principio de legalidad como parte fundamental del debido proceso constitucionalmente amparado¹⁰¹. Esta garantía de tercera generación es la que ha propendido con el desarrollo del constitucionalismo moderno a la abolición de los juicios y tribunales *ad hoc*, creados o establecidos solo para un caso particular. Garantía de que esto no ocurra es la seguridad que pueden tener los administrados, la legítima expectativa, fundada en criterios de confianza legítima, de que la administración pública o el organismo encargado de hacer valer el poder público, aplique la ley de la cual él es destinatario y tiene previo conocimiento. En el caso en que se lleve a una persona ante los tribunales y se le pretenda aplicar una ley distinta a la que él conocía y a la que esté establecida como ley que corresponde para el caso, además de atentarse contra el debido proceso, la legalidad, tipicidad y todos los principios hasta ahora vistos, se está violando una legítima expectativa pública, la expectativa de conocer previamente las normas que le son aplicables.

¹⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia C-706 de julio 6 de 2005, con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis

En el caso de nuestro estudio, cuando una persona, más exactamente un destinatario de la ley disciplinaria, es decir un servidor público o un particular que cumpla transitoriamente funciones públicas, por violación a su deber funcional incurra en una infracción al régimen disciplinario que se le aplica y su conducta, la cual presuntamente constituye falta disciplinaria se encasille en uno de los supuestos de hecho o de derecho consagrados por el artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, según los cuales su proceso se tramitará por la vía del procedimiento verbal disciplinario, y en el momento de adelantarse la investigación se le tramite un proceso por el procedimiento ordinario, que no es el que corresponde según el mandato legal, se le está violando la legítima expectativa que este tenía de que se le aplicase la ley que correspondía al caso. La expectativa de este servidor público de que se le siguiera el procedimiento verbal lo hizo encontrarse en una situación de hecho que el daba por descontada, no puede por el simple arbitrio del funcionario competente, cambiarse el procedimiento que se le aplicará para la investigación y juzgamiento de su conducta pues se le estaría violando esta expectativa.

El procedimiento verbal disciplinario ofrece términos procesales más cortos, expeditos y unas oportunidades procesales que permiten de una mejor manera la inmediación del operador jurídico disciplinario con el proceso como tal. Estas condiciones crean en el implicado, en el destinatario de la norma la legítima (pues está respaldada en norma legal) seguridad de que va a gozar de unos términos procesales más cortos y de que la estrategia de defensa podrá valerse de las posibilidades que un proceso con mayor concentración y en el cual prima la oralidad y la inmediación brindan. Por lo tanto, al variarse arbitrariamente el procedimiento que le corresponde, del verbal al ordinario, se está echando abajo su expectativa de no estar sometido tanto tiempo al proceso, de no quedar sub judice durante tanto tiempo o de enfocar su estrategia redefensa de cierta o determinada manera. Aunque parece de segundo orden, este argumento es fuerte a la hora de imposibilitar que se tramite un caso por el procedimiento ordinario cuando la ley consagra para ese supuesto el trámite del procedimiento verbal. La

legítima expectativa del destinatario de la norma lo pone en una situación de confianza legítima sobre las normas y procedimientos que se le aplicarán y el operador disciplinario no puede arbitrariamente variar estos preceptos, so pena de estar en contra de los fundamentos mismos del Estado de derecho y de la seguridad jurídica que le asiste a los destinatarios de la norma.

4.3.1 Seguridad jurídica

Este punto de la seguridad jurídica es el simple complemento del anterior, ya en el plano netamente procesal. La seguridad jurídica es aquel principio jurídico que permite que los destinatarios de un régimen jurídico tengan claridad sobre las normas que le son aplicables y sobre todo sobre las consecuencias jurídicas de un supuesto de hecho. Si bien el principio de la seguridad jurídica no es de valor absoluto, a la comunidad le asiste este derecho, mucho más en cuanto se trata de las consecuencias jurídicas de sus actos. No puede pretenderse que la vía jurisdiccional por medio de la cual se adelanten las investigaciones disciplinarias esté librada al azar o al arbitrio del operador jurídico disciplinario, es necesaria que se dé la seguridad de conocer cuáles serán los trámites y las etapas a las que el sujeto procesal se verá sometido, al igual que el juez competente del caso, sus posibilidades de defensa, los recursos que podrá impetrar, etc. El principio de la seguridad jurídica aplicado a nuestro caso se resume en las palabras de la Corte Constitucional cuando comenta:

*“De tal suerte que, al sujeto disciplinado le asiste **el derecho a conocer, ab initio, quién va a ser el funcionario competente para adelantar la investigación y a proferir el fallo, e igualmente, cuál va a ser el trámite que se va a seguir en su caso.** No contar con esa certeza viola, sin lugar a dudas, el derecho al debido proceso administrativo”¹⁰². Subrayado nuestro.*

¹⁰² Corte Constitucional, Sentencia C-1076 de diciembre 5 de 2002 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Concluyéndose que en este caso, la violación del principio de seguridad jurídica, implicaría indefectiblemente la violación de la garantía del debido proceso, por no darse al sujeto implicado la seguridad de cuál va a ser el trámite procedimental que corresponde como consecuencia jurídica al supuesto de hecho en el cual se encuentra, aunque se halle típicamente descrito como en nuestro caso lo es en el artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002.

4.3.2 Garantías Fundamentales y Legítima Expectativa del proceso: derecho a la igualdad ante la ley

Concluyendo con este análisis hemos de anotar también que en caso de que por parte del operador jurídico disciplinario se realice una variación arbitraria de procedimiento a seguir para la investigación sobre responsabilidad disciplinaria, tramitando uno de los casos consagrados en el artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 por el procedimiento ordinario, no solo se estarían violando los principios de seguridad jurídica y atentando contra la legítima expectativa de la comunidad de verse sometidos a un régimen legal que se conozca previamente, sino que además se estaría atentando contra otras garantías fundamentales de carácter constitucional. Nos referimos específicamente al derecho a la igualdad, la cual constituye una garantía constitucional fundamentada en la declaración universal de los derechos humanos que la entiende inmersa en su artículo 1º al referirse a la igualdad de todos los hombres ante la ley. La posibilidad de que ante una misma situación de hecho que pueda constituir falta disciplinaria, dos personas puedan ser tramitadas por procedimientos diferentes significa, no solo que no asiste la posibilidad de tener seguridad sobre el trámite procesal al que me veré eventualmente procesado como destinatario de la norma disciplinaria, sino que se está presentando una flagrante violación al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de nuestra Constitución Nacional.

Un sector de la doctrina ha acordado en sostener la obligatoriedad de tramitar el procedimiento verbal disciplinario en los casos de Ley so pena de vulnerar garantías constitucionales, así NAVAS DE RICO sostiene:

“Las formas deben cumplirse por mandato constitucional (artículo 29 Constitución Nacional) su violación implica no solo atentar contra el principio del debido proceso sino contra el principio de igualdad, en la medida que al tramitar un proceso disciplinario por un procedimiento que no corresponde, se está dando un trato diferente al implicado frente a los demás que se encuentren en similares circunstancias. Por ejemplo, cuando se tramita al investigación por procedimiento ordinario, debiendo tramitarse por el procedimiento verbal”¹⁰³

Con respecto a la vulneración del derecho a la igualdad frente a la ley a la hora de aplicar procedimientos de responsabilidad, ha dicho la Corte Constitucional:

“Así las cosas, en materia procesal, en lo referente a la administración de justicia, la igualdad se logra al disponer que todos sean juzgados por el mismo procedimiento, pues el resultado de un juicio depende, en gran medida, del procedimiento por el cual se tramite. De allí que si “todos” están sometidos al mismo proceso para demandar o para defenderse de la demanda, garantiza eficazmente la igualdad.”¹⁰⁴

La propia consagración dentro de la norma del artículo 29 superior que nos habla del debido proceso en donde se refiere a la sujeción de las formas propias de cada juicio ha sido, en palabras de la Corte Constitucional, consagrada precisamente con fundamento en el derecho a la igualdad, la igualdad de todos ante la ley, ya que la aplicación de este principio en la realidad se ve traducido en que todos reciban el mismo trato por parte de los autoridades y “*gocen de las*

¹⁰³ NAVAS DE RICO, JEANNETHE. *Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002. Concordado, comentado y con jurisprudencia*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2002, p. 14

¹⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1076 de diciembre 5 de 2002 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández

*mismas, libertades, derechos y oportunidades sin ninguna discriminación*¹⁰⁵, por lo tanto, en cuanto se vulnere la seguridad jurídica y se permita que con irrespeto a las formas propias de cada juicio existan posibilidades en que una conducta que se enmarque dentro de los supuestos de hecho del artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 pueda ser tramitada por el procedimiento verbal disciplinario – tal y como está estipulado en la ley – o por el procedimiento ordinario con violación al principio de tipicidad, se estará también atentando contra la garantía constitucional según la cual todos somos iguales ante la ley, consagrada en nuestro ordenamiento superior en el artículo 15. En palabras de la Corte Constitucional:

*“el someter las controversias a procedimientos preestablecidos e iguales, no sólo garantiza el derecho de defensa: realiza, en primer lugar y principalmente, el principio de la igualdad ante la ley, en el campo de la administración de justicia. Y asegura eficazmente la imparcialidad de los encargados de administrar justicia, mediante la neutralidad del procedimiento”*¹⁰⁶.

La jurisprudencia anotada no hace más que reforzar la tradicional posición de la Corte Constitucional al respecto, que nos comenta que en el campo del derecho procesal, lo que se persigue al consagrar que las normas procesales son de orden público y por lo tanto en todo proceso debe el funcionario someterse con estricto cumplimiento de las formas propias de cada juicio, es justamente *“lograr la igualdad real en lo que tiene que ver con la administración de justicia”* ya que el corolario de esta garantía es recibir la misma protección y el mismo trato de las autoridades. De esta forma mostramos la conexión existente entre el principio de reserva legal en materia de procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos, la tipicidad de los procedimientos, el respeto a las formas propias de cada juicio y la salvaguarda de las garantías fundamentales a la seguridad jurídica, el debido proceso y la igualdad; dando además un mismo

¹⁰⁵ ibídem

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-407 de agosto 28 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Arango Mejía

argumento congruentemente enfocado de las razones por las cuales no puede quedar librado al arbitrio del operador jurídico disciplinario la decisión del procedimiento por el cual se tramitará una investigación disciplinaria si el supuesto de hecho que se analiza está taxativamente mencionado dentro de las causales incluidas en el artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, pues en este caso, el único procedimiento a seguir podría ser el verbal disciplinario, con sus formas, etapas, y términos propios por respeto a la igualdad, la seguridad jurídica, el principio de tipicidad, legalidad, reserva de ley, formas propias de cada juicio y en general el debido proceso.

4.4 LA OBLIGATORIEDAD PARA EL OPERADOR JURÍDICO DISCIPLINARIO

Ahora nos resta analizar esta obligatoriedad de tramitar el procedimiento verbal disciplinario en los casos así establecidos, desde el punto de vista del funcionario que en últimas tiene la responsabilidad de aplicar la potestad disciplinaria del Estado y poner a andar su maquinaria mediante la iniciación de la acción disciplinaria y la dirección del proceso en sus fases de instrucción y juzgamiento: el operador jurídico disciplinario (a quién ya nos hemos referido en el acápite de competencia disciplinaria).

Los puntos estudiados hasta ahora son clara muestra de que tramitar por el procedimiento ordinario disciplinario un asunto que está reservado por la ley para el procedimiento verbal es violatorio de garantías constitucionales como las del debido proceso en diferentes aspectos y la de la igualdad. Esos motivos deben ser suficientes para que un operador jurídico disciplinario, llámese jefe de control interno disciplinario, procurador, personero, magistrado de sala jurisdiccional disciplinaria de Consejo Seccional o Superior de la Judicatura, o como quiera que se llame, se abstenga de encaminar por la cuerda procesal ordinaria alguno de los casos que cumplen con los supuestos de hecho del artículo 175 del Código

Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. Sin embargo vamos a profundizar aún más en la obligatoriedad que por cuenta de la ley procesal, la obligatoriedad de las normas procesales por ser de orden público y el respeto a las formas propias de cada juicio – todos temas ya vistos – tiene el operador disciplinario a la hora de adelantar un procedimiento de darle la orientación debida de acuerdo con la ley.

El operador jurídico disciplinario es antes que nada también un servidor público, en cumplimiento de función pública, con funciones específicamente regladas (artículo 122 de la Constitución Nacional) y con un deber funcional que imprime a sus actos una responsabilidad especial, no solo por la cláusula de responsabilidad de los servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas (artículo 6° de la Constitución Nacional) sino porque las funciones de él están justamente encaminadas a que se cumplan los principios de la actividad administrativa (artículo 209 constitucional) asegurando que la actividad de los servidores públicos se ajuste a los parámetros del régimen disciplinario, por lo cual sobre sus hombros recae una responsabilidad aún mayor, al ser la persona a quien le corresponde la iniciación de la acción disciplinaria, la cual está directamente encaminada a lograr conocimiento que permita o descarte el reproche sancionador del Estado por la probable incursión de sus servidores en faltas disciplinarias. Como funcionario público que es, el operador disciplinario también se encuentra sometido al imperio máximo de la Constitución Nacional y de la Ley y respondiendo además no solo por la infracción de esta y aquella sino también por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Teniendo esto en cuenta debemos resaltar que igual que lo es para la norma general, con mucha mayor razón las normas procedimentales disciplinaria son de imperativo cumplimiento para él en desarrollo de sus funciones como director del proceso disciplinario. Todas las disposiciones, tanto sustantivas como adjetivas deben ser seguidas cuidadosamente para así asegurar una efectiva prestación de la Administración de justicia así sea para casos administrativos. Los postulados referentes al debido proceso deben ser especialmente resguardados durante toda

etapa del procedimiento investigativo que se surte, teniendo muy en cuenta que las formas propias de cada juicio hacen parte integrante de la garantía del debido proceso. El operador jurídico disciplinario está obligado a seguir al pie de la letra las orientaciones dadas por las disposiciones procesales en materia de competencia y de fijación de procedimientos pues estas normas son de orden público, de obligatorio cumplimiento por tanto para el funcionario responsable de su aplicación y no son susceptibles de transacción o acuerdo. Sobre la importancia de las formas propias de cada juicio y la necesidad de seguir sus disposiciones la Corte Constitucional:

“Es este un mandato inexcusable que no pueden desatender las dependencias del Estado en sus distintos niveles de jerarquía, tanto en el sector central como en el descentralizado y en todas las ramas del poder público y organismos de control respecto de las actuaciones de sus correspondientes órbitas de competencia, so pena de incurrir en flagrante violación de la preceptiva constitucional y en ostensible abuso de sus atribuciones en detrimento de los derechos fundamentales, ocasionando a la vez la nulidad de las decisiones adoptadas con infracción de los preceptos superiores”¹⁰⁷

Las normas procesales consagran diferentes procedimientos para diferentes casos por razones de fondo no solo por simple capricho, ya hemos tenido la oportunidad de estudiar aquí las razones que dan fundamento a la consagración del procedimiento verbal disciplinario y al evolución que éste ha tenido en la normatividad disciplinaria, al respecto ha comentado la Corte constitucional: *Esos diversos procedimientos consultan las circunstancias ya señaladas: diferencias entre los múltiples asuntos, por razón de los factores indicados. Y precisamente porque se diseñan teniendo en cuenta las particularidades de las diversas clases de controversias, hay que suponer que garantizan el derecho de defensa, fundado*

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-460 de julio 15 de 1992 con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo

*en la igualdad de las partes ante la ley, base del debido proceso*¹⁰⁸. El operador jurídico disciplinario no puede pasar por encima de la voluntad del legislador al consagrar diferentes procedimientos y decidir arbitrariamente que un caso destinado a ser tramitado por el procedimiento verbal disciplinario puede ser tramitado por el procedimiento ordinario pues estaría extralimitándose en el ejercicio de sus funciones al darse libertades que la ley no le permite mucho menos en tratándose de normas procesales de carácter sancionatorio. El operador jurídico disciplinario no está en capacidad de escoger libremente el procedimiento por el cual tramitará que casos, pues esto es competencia exclusiva del legislador y sería atentatorio de la seguridad jurídica permitirle la variación arbitraria del procedimiento.

¿Cómo dejar en manos de cada operador la facultad de establecer las reglas que habrá de seguir para administrar justicia en cada caso particular? Es lo que podríamos denominar como la neutralidad del procedimiento, o la neutralidad del derecho procesal. Neutralidad que trae consigo el que todas las personas sean iguales ante la administración de justicia¹⁰⁹. Negrilla fuera de texto

La doctrina de la Procuraduría General de la Nación se ha expresado al respecto sosteniendo que es obligatorio para el operador jurídico disciplinario adelantar el procedimiento verbal en los casos de ley, en estos términos:

*“el procedimiento verbal debe adelantarse en el bien entendido de que se den los presupuestos exigidos por el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, sin que ello dependa del gusto y capricho del operador disciplinario”*¹¹⁰.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-407 de agosto 28 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Arango Mejía

¹⁰⁹ ibídem

¹¹⁰ Concepto C-087 de 2007, en igual sentido Procuraduría General de la Nación, audiencia de juzgamiento de procedimiento especial, radicación 014-111583-04, procuraduría segunda delegada para la vigilancia administrativa, providencia de mayo 25 de 2005 y Procuraduría General de la Nación, procuraduría delegada para la moralidad pública, radicación 074-4276-2004 de fecha 9 de marzo de 2006

4.4.1 Postulado del garantismo en el procedimiento ordinario

Para finalizar las disertaciones que aquí presentamos queremos hacer una breve referencia al siguiente punto. Más allá de la claridad de que el operador disciplinario no tiene la facultad de escoger o variar libremente el procedimiento a seguir en los casos de investigaciones disciplinarias surgidas de los supuestos de hecho consagrados en el artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, se ha presentado un argumento recurrente dentro de la doctrina disciplinaria y procesal respecto del cual sostienen que la variación de procedimiento sí es viable siempre y cuando se realice del procedimiento especial al ordinario. Esta migración es excusada por este postulado sosteniendo que el procedimiento ordinario es más garantista en cuanto a las posibilidades del ejercicio del derecho de defensa que el procedimiento verbal ya que tiene términos procesales más laxos y mayores oportunidades probatorias. Con base en esto se ha sostenido que no puede existir violación del debido proceso si el procedimiento por el cual se está tramitando el caso es más garantista que el verbal. Queremos enfocar la respuesta a este postulado en tres líneas diferentes: la amplitud del objeto de discusión, las etapas procesales del procedimiento verbal y la finalidad del procedimiento verbal.

Primero, este postulado desconoce que las razones de nuestros argumentos según los cuales es violatorio del principio del debido proceso tramitar por un procedimiento distinto un asunto destinado al trámite verbal no se centra únicamente en la violación al derecho de defensa ni está reducido a este, por el contrario alegamos que se atenta contra el debido proceso desde muchos otros aspectos. Decir que el procedimiento ordinario es más garantista por tener mayores oportunidades probatorias en nada soluciona la problemática de la violación del principio de legalidad, de la tipicidad de los procedimientos, del principio de reserva legal en materia de responsabilidad de servidores públicos, del principio de las formas propias de cada juicio, de de seguridad jurídica, la

salvaguada de la legítima expectativa del destinatario de la norma ni la violación de la garantía de igualdad ante la ley.

Por otra parte las etapas del proceso verbal disciplinario no son más que un reflejo del procedimiento ordinario, dándose igualmente al implicado la posibilidad de aportar y solicitar pruebas de controvertir las que en su contra se arguyen, de recurrir el fallo sancionatorio, de presentar alegatos de conclusión, de tener una efectiva defensa técnica, de garantizar la debida notificación de autos y providencias y en general el respeto por todos los aspectos del derecho de defensa. No asiste razón a quienes argumentan que en un procedimiento ordinario hay mayores oportunidades de ejercer la defensa, pues igualmente el legislador, dentro de su libertad configurativa ha consagrado el procedimiento verbal respetando la garantía del debido proceso y salvando todas las etapas que permitan ejercer una eficaz defensa por parte del procesado, inclusive en el procedimiento verbal no se priva de las etapas previas de indagación e investigación, desde las cuales el implicado o su apoderado pueden actuar procesalmente en materia probatoria o rindiendo versión libre tal y como lo consagran los artículos 90 y 92 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, disposiciones aplicables al procedimiento verbal. La doctrina del Procurador SÁNCHEZ HERRERA ha comentado *“no puede afirmarse que el procedimiento verbal carece de las garantías procesales que el procedimiento ordinario ofrece y viceversa”*¹¹¹ En palabras del tratadista ESCOBAR LÓPEZ: *“ni los tiempos cortos para solicitar y evacuar pruebas (...) entrañan nulidades por falta de derecho de defensa”*¹¹² GÓMEZ PAVAJEAU comenta: *“El proceso (sic) verbal no es una disculpa para desconocer los derechos fundamentales y las garantías del procesado”*¹¹³.

¹¹¹ SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIO MANUEL. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. Bogotá. Procuraduría General de la Nación. 2005 p. 193

¹¹² ESCOBAR LÓPEZ. EDGAR A. *El proceso disciplinario verbal. Ordinario, Militar y de Policía*. Bogotá. Editorial Leyer. 2005, p. 64

¹¹³ GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO, Op. Cit. p. 160

Por último, no puede perderse de vista que el procedimiento verbal fue consagrado con ciertas finalidades específicas que no pueden pasarse por alto con el argumento de las mayores oportunidades probatorias, aunque ya lo hemos analizado valga traer en mención que la instauración de la oralidad en los procesos sancionatorios así como la búsqueda de una mayor celeridad y eficacia en los procesos disciplinarios fueron las razones de fondo establecidas por el legislador a la hora de consagrar un procedimiento verbal, y la celeridad y la eficacia vienen estrechamente ligadas con la posibilidad de primacía del derecho sustancial¹¹⁴. Recordamos nuevamente los argumentos esgrimidos en la discusión en el legislativo sobre la instauración de un procedimiento verbal disciplinario:

“En la época actual, en que la celeridad es elemento esencial de la eficacia, es preciso que los órganos de control cuenten con herramientas legales ágiles y dinámicas que permitan dar respuestas oportunas, cuando todavía la sociedad resiente la conducta irregular del funcionario o el daño acusado, y no cinco años después cuando la sanción ha perdido tanto la pertinencia como sus efectos reparadores. Este es el criterio que orienta e inspira el procedimiento disciplinario previsto en el último libro del proyecto. Por esta razón, se creo un procedimiento verbal simplificado a la realización de una audiencia dentro de los dos días siguientes a la verificación de la situación de flagrancia o al conocimiento del hecho; es aplicable por el jefe inmediato cuando la falta sea leve o cuando el servidor público sea sorprendido en flagrancia o confiese la autoría de una falta grave o gravísima.”¹¹⁵

Son ciertos y determinados los casos en que se debe adelantar el procedimiento verbal y la razón de haberse consagrado así va mucho más allá del simple capricho legislativo. Para redondear la idea nos permitimos valernos de las palabras de la Corte Constitucional en sentencia C-407 de 1997 que muy

¹¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-407 de agosto 28 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Arango Mejía

¹¹⁵ Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24.

ampliamente explica porqué es violatorio del debido proceso tramitar arbitrariamente un caso que está destinado a un procedimiento especial por un procedimiento ordinario, sus argumentos son contundentes ya que se basa en comentar que el resultado de un juicio depende en gran medida del procedimiento por el cual se tramite y que existe la obligatoriedad de cumplir lo que se llama la neutralidad del procedimiento según la cual *todas* las personas deben ser juzgadas con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. El juez, según palabras de la Corte, en un sentido amplio considerado – como operador jurídico – no está de ninguna manera facultado para modificar las normas procesales, pues eso contraría la constitución. Transcribimos algunos de los argumentos de la Corte:

*“Tampoco es admisible invocar la primacía del derecho sustancial (consagrada en el artículo 228 de la Constitución), para concluir que si al fin y al cabo el juez dice el derecho, administra justicia, no importa que lo haya hecho por un camino equivocado. Razonando así quedaría al arbitrio de las partes, y en últimas del juez, el escogimiento de la vía procesal. Es más: podría el juez modificar por su sola voluntad los procedimientos, conclusión que debe rechazarse. No hay que olvidar que si los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, no pueden apartarse de ella bajo ningún pretexto. Hay que tener presente que el **derecho al debido proceso**, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución, es un verdadero derecho sustancial”¹¹⁶.*

Sellando con lo anterior la obligatoriedad de sujetarse a las normas procesales que le asiste al operador jurídico, en nuestro caso al operador disciplinario. En materia de la consideración de que no hay violación al debido proceso por ser el procedimiento ordinario más garantista, dice la Corte:

¹¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia Ibíd.

“Podrían algunos sostener que esta interpretación del mandato del artículo 29 es demasiado rigurosa. La verdad es diferente: una de las bases insustituibles de la administración de justicia, especialmente porque evita la arbitrariedad de quienes la dispensan, es la sujeción a esos procedimientos uniformes, que hacen realidad la igualdad en este campo.

Tampoco es válido argumentar que la constitucionalidad de las normas acusadas se basa en que el proceso ordinario garantiza mejor que los demás el derecho de defensa, porque en él se cumple un debate más amplio. Aparentemente acertado, este razonamiento pierde su fuerza si se tiene en cuenta, en primer lugar que si así fuera solamente existiría un procedimiento: el ordinario. Y si, además, se tiene presente que todos los procedimientos especiales respetan el derecho de defensa: si no lo hicieran no podrían existir. Sus diferencias nacen de las que existen entre los diversos asuntos. Tales procedimientos especiales consultan esa diversidad, como ya se ha dicho. Tienen en cuenta, además, el lograr la mayor celeridad en algunos asuntos¹¹⁷” Negrilla fuera de texto original

La Procuraduría General de la Nación se ha expresado con respecto a las garantías de defensa dentro del procedimiento verbal disciplinario de la siguiente forma:

Se equivoca flagrantemente el defensor, cuando pretende demostrar que el procedimiento verbal otorga mínimas garantías al implicado, pues de ser ello cierto, puede estar seguro que ni siquiera se habría incorporado en el régimen disciplinario, y menos aun se habría contemplado en el artículo 175 de la ley 734, la posibilidad de aplicarlo en tratándose de faltas gravísimas. Además que resulta evidente que dicho procedimiento no se implementó para desconocer las garantías procedimentales, como considera el defensor, sino simplemente para ahorrar unas etapas

¹¹⁷ Ibídem

*procesales cuando se considera que los fines que las mismas tienen ya se encuentran surtidos*¹¹⁸.

Y en otra providencia de manera similar:

*“es preciso señalar que un trámite expedito y sumario como lo es el proceso verbal previsto en la ley 734 de 2002 no implica el menoscabo de las garantías consagradas a favor del disciplinado, por el contrario en sí mismo el proceso verbal involucra su mayor observancia porque en un procedimiento de esta naturaleza se presenta con mayor claridad el principio de inmediatez, contradicción, y celeridad*¹¹⁹.

Solo nos resta secundar las palabras finales del supremo tribunal de lo constitucional en Colombia cuando comenta que el mandato del artículo 29 de la Carta Superior es riguroso: todas las personas deben ser juzgadas con la observancia de las formas propias de cada juicio, y ese mandato tiene que cumplirse *“por encima de la voluntad de las partes y del juez”*¹²⁰.

¹¹⁸ Procuraduría General de la Nación, radicación 008- 92025-2003, fallo de segunda instancia de fecha 4 de noviembre de 2003

¹¹⁹ Procuraduría General de la Nación, fallo de segunda instancia radicación 089-02439-2004 fecha 25 de junio de 2005

¹²⁰ Corte Constitucional, Sentencia Ibídem

CONCLUSIONES

El procedimiento verbal disciplinario fue consagrado como un procedimiento especial por el legislador con fundamento en principios de concentración, inmediación, publicidad, oralidad, eficacia y celeridad, para nutrir a la justicia disciplinaria de herramientas eficaces a la hora de investigar y juzgar la conducta oficial de los servidores públicos cuando se presente alguno de los casos o supuestos taxativamente determinados por el artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002; este trámite, si bien tiene términos más cortos y en desarrollo del principio de oralidad se desarrollo principalmente en audiencias, tiene como tal las mismas etapas del procedimiento ordinario disciplinario solo que con términos más reducidos, pero garantizando, sin embargo, el pleno respeto del debido proceso y del derecho de defensa de los implicados en el proceso al mantenerse plenas las oportunidades procesales para controvertir y aportar pruebas, así como la posibilidad de interposición de recursos y el respeto por las garantías constitucionales.

El trámite del procedimiento verbal disciplinario es obligatorio en los casos consagrados en la ley como supuestos de hecho para tal fin, las disposiciones que así lo consagran son de naturaleza vinculante tanto para las partes del proceso como para el operador jurídico disciplinario que sea el competente para ejercer la acción disciplinaria en el caso concreto. Lo anterior a razón de que por mandato constitucional contenido en el artículo 29 de la Carta Superior, el debido proceso debe respetarse en todo tipo de actuaciones procesales sean de carácter jurisdiccional o administrativo, siendo parte de esta garantía del debido proceso el principio de legalidad, el cual aplicado al caso concreto lleva determina el principio de tipicidad de los procedimientos, que deben estar previamente estipulados en la ley.

Igualmente, al tramitarse uno de los casos destinados por la ley al procedimiento verbal disciplinario por un procedimiento distinto, se estaría violando la garantía constitucional de obligatoriedad del respeto a las formas propias de cada juicio, la cual constituye parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. La ley es la que determina estas formas propias del proceso disciplinario, consagrando situaciones en que debe tramitarse la investigación por el procedimiento verbal, omitir esta disposición y tramitar en estos casos el procedimiento ordinario sería permitir al operador jurídico disciplinario ser quién determine el procedimiento a seguir, lo cual atenta contra las mencionadas garantías constitucionales y excede la órbita y las funciones del operador disciplinario.

Las normas que determinan el procedimiento disciplinario a seguirse en cada caso son normas procesales, por lo tanto son normas de orden público y de obligatorio cumplimiento que no pueden ser variadas por el operador disciplinario ya que corresponde exclusivamente al legislador disciplinario determinar por medio de ley las disposiciones para hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos e identificar qué procedimientos sancionatorios se seguirán en qué casos, mandato que se convierte en imperativo y no facultativo para el operador jurídico

Al violarse las formas propias de cada juicio siguiéndose el procedimiento ordinario para uno de los casos del artículo 175 de la Ley disciplinaria, se estaría vulnerando el derecho constitucional a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, creándose una situación de inseguridad jurídica con respecto al procedimiento que será aplicado en los casos de conductas que puedan constituir falta disciplinaria, violándose así la legítima expectativa de los destinatarios de la ley procesal.

Siendo violatorio de principios procesales y de garantías fundamentales constitucionales como las de igualdad, respeto a las formas propias de cada juicio, legalidad y tipicidad el hecho de tramitar por el procedimiento ordinario asuntos destinados por el legislador al procedimiento verbal, este comportamiento puede traer consecuencias jurídicas, tanto del orden procesal ocasionando la nulidad del proceso, revocatoria directa del fallo, interposición de recursos o la posibilidad de accionar por vía de tutela la protección de los derechos del implicado – por ser estos de carácter fundamental y de aplicación inmediata - como del orden personal para el operador jurídico disciplinaria, del cual, dependiendo de las condiciones específicas de cada caso, podría predicarse responsabilidad de estirpe penal o disciplinaria.

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA CALDAS, JORGE ENRIQUE. *Elementos de derecho administrativo disciplinario en Colombia*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 1996.
- *La Responsabilidad de los Servidores Públicos*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2006
- AZULA CAMACHO, JAIME. *Manual de derecho procesal. Tomo I Teoría general del proceso*. Bogotá. Editorial Temis. 2006
- BLASCO PELLICER, Ángel, *El Procedimiento Administrativo Sancionador en el Orden Social*, tirant lo blanch editor, Valencia, España p. 23
- BRITO RUIZ, FERNANDO. *El procedimiento disciplinario de los servidores públicos*. Bogotá. Editorial Leyer. 2006
- *Estudio sistemático de los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia disciplinaria*. Bogotá. Grupo editorial Ibáñez. 2007
- *La función pública y el derecho disciplinario*. Bogotá. Procuraduría General de la Nación. 2002
- BULLA ROMERO, JAIRO ENRIQUE. *Derecho Disciplinario, Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único. 2ª edición*. Bogotá. Temis. 2006
- CABRERA CASTRO, TEÓFILO. *El Proceso Disciplinario*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 1997.
- CAMARGO, PEDRO PABLO. *El debido proceso 3ª edición*. Bogotá. Editorial Leyer. 2005
- CARDONA GALEANO, PEDRO PABLO, *Manual de Derecho Procesal Civil, 5ª edición*. Bogotá. Leyer. 2003.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, editorial Aguilar, 1966
- ENRIQUEZ BURBANO, LUIS ALFONOSO. *Perfiles de Derecho administrativo disciplinario*. Bogotá. Editorial Jurídica Equidad. 1994
- ESCOBAR LÓPEZ. EDGAR A. *El proceso disciplinario verbal. Ordinario, Militar y de Policía*. Bogotá. Editorial Leyer. 2005

- FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. *De las pruebas en materia disciplinaria*. 4ª edición. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2008
- *Principios y Garantías constitucionales, en el ámbito disciplinario de los servidores estatales*, Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica. 2003
- GIRALDO ÁNGEL, JAIME y GIRALDO LÓPEZ, OSWALDO. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, 7ª edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2001
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Asuntos disciplinarios, praxis y jurisprudencia Tomo I*. Bogotá, Ediciones jurídicas Axel. 2008
- *Dogmática del derecho disciplinario*. 3ª Edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2004
- *La relación especial de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario*. Bogotá. Procuraduría General de la Nación. 2003
- y REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO. *Estudios de derecho disciplinario*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; Ediciones Nueva Jurídica. 2004
- LÓPEZ GARZÓN, EDGAR. *Guía práctica del procedimiento disciplinario*. Bogotá. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2000.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo I, parte general 9ª Edición*. Bogotá. Dupré Editores. 2007
- MARMOLEJO ESPITIA, OSCAR HUMBERTO. *Régimen disciplinario de los servidores públicos. Anotado*. Bogotá. Editorial Leyer. 2008.
- MEJÍA OSSMAN, JAIME. *Manual de práctica forense disciplinaria, Tomos I y II*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2001
- y QUIÑONES RAMOS, SILVIO SAN MARTIN. *Procedimiento Disciplinario*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2004
- MUÑOZ MARTÍNEZ, NANCY YANIRA. *La doble naturaleza del poder disciplinario*. Bogotá. Procuraduría General de la Nación. 2002
- NAVAS DE RICO, JEANNETHE. *Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002. Concordado, comentado y con jurisprudencia*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2002.

- ORTEGA RIBERO, GERMÁN. *ABC del código disciplinario único. Monografía Jurídica # 91*. Bogotá. Editorial Temis. 1996
- OSSA ARBELÁEZ, JAIME. *Derecho administrativo sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. Bogotá. Legis. 2000
- PALACIO JARAMILLO, MARTHA INÉS. *El debido proceso disciplinario. Garantías constitucionales*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2001
- PARRA GUTIÉRREZ, WILLIAM RENÉ. *Derecho administrativo disciplinario. Derecho sustancial y procedimental. Ley 200 de 1995. 3ª edición*. Bogotá. Ediciones Librería de Profesional. 2001
- PÉREZ ESCOBAR, JACOBO. *Derecho constitucional colombiano 7ª edición*. Bogotá. Editorial Temis. 2004
- PÍNEDA DE MARTÍNEZ, ROSA. *Derecho Disciplinario, Manual Práctico. Ley 734 comentada y concordada*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2002
- RAMOS ACEVEDO, JAIRO. *Derecho administrativo disciplinario. Conforme con la ley 734 de 2002. Régimen disciplinario general y especial*. Bogotá. Editorial Leyer. 2003
- RODRÍGUEZ MORENO, RAFAEL. *Derecho administrativo disciplinario*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Radar. 1996
- SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIVO MANUEL. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. Bogotá. Procuraduría General de la Nación. 2005.

ANEXOS

Anexo A. Consecuencias jurídicas de no tramitarse el procedimiento verbal disciplinario en los casos estipulados por la Ley

En el presente capítulo y a manera de complemento se relacionará brevemente algunas indicaciones de las que se consideran son las hipotéticas consecuencias jurídicas de que en un caso reservado por la ley para ser tramitado por el procedimiento verbal disciplinario, se surta la investigación y juzgamiento debidos por otro procedimiento distinto como lo es el procedimiento ordinario disciplinario. No se pretende aseverar que en todos los casos en que esto haya ocurrido necesariamente se presenten las consecuencias jurídicas que más adelante se exponen, simplemente se considera necesaria para darle congruencia en su totalidad a la idea del presente proyecto la relación de las consecuencias jurídicas, tanto procesales como personales, las cuales se encuentran fundamentadas a través de todo el texto del proyecto.

1. CONSECUENCIAS JURÍDICO PROCESALES

La decisión de adelantar una investigación de responsabilidad disciplinaria por el procedimiento ordinario consagrado en el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 cuando el supuesto de hecho en que consiste la presunta falta disciplinaria se adecua a los consagrados en el artículo 175 de dicha normatividad, por ser violatoria de las garantías constitucionales y de las normas legales, puede llevar a diferentes consecuencias jurídicas de índole procesal, que no actuarán de ninguna manera ipso facto, sino que pueden ser invocadas procesalmente por la persona destinataria de la ley y objeto de la investigación que ha visto sus intereses y sus garantías vulneradas.

a) Impugnación: interposición de los recursos procedentes

La interposición de recursos dentro del término de ejecutoria del auto o providencia que se piensa impugnar es la primera forma de intentar corregir el error en el cual se incurre al tramitar por un procedimiento diferente al legalmente consagrado una investigación específica. La interposición de recursos es una garantía constitucional que hace parte del debido proceso y está consagrada en el artículo 31 constitucional en términos de garantizar la doble instancia en toda sentencia judicial, precepto que se aplica analógicamente a las providencias sancionatorias de carácter administrativo. En general contra los fallos procede el recurso de apelación ante el superior jerárquico y el de reposición en caso de tratarse de autos no apelables o de fallos de única instancia. Los artículos 113 a 115 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 regulan el tema de los recursos en la vía gubernativa propia del proceso disciplinario.

b) Revocatoria directa del fallo a solicitud del interesado

La figura procesal administrativa de la revocatoria directa de los actos administrativos es aplicable a los fallos de carácter sancionatorio – siempre y cuando sean dictados por organismo diferente a las salas jurisdiccionales disciplinarias de los Consejos Superior o Seccionales de la judicatura, pues en este caso la providencia no es de naturaleza administrativa sino jurisdiccional – de acuerdo con los artículos 122 a 127 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. La revocatoria directa es una figura jurídica que se encarga de anular los efectos del acto administrativo con el cual se concluye la investigación disciplinaria, así como también de borrar sus consecuencias futuras y pasadas. Esta forma de auto control de legalidad de los autos de la Administración se considera procedente en caso de equivocarse el trámite procedimental a seguir para la investigación disciplinaria, pues la misma es procedente cuando el fallo es manifiestamente contrario a la Constitución Nacional o a la ley o cuando infringe manifiestamente normas reglamentarias en que debe fundarse. Se ha visto como el hecho de tramitar por el procedimiento ordinario una investigación disciplinaria

que encaja dentro de los supuestos de hecho que debe investigarse por el procedimiento verbal contraría a todas luces garantías constitucionales como las del debido proceso y el derecho a la igualdad, además de violar normas legales procesales que son de orden público.

Esta revocatoria puede llevarse a cabo dentro de los cinco años siguientes a la ejecutoria del fallo sancionatorio de oficio por el mismo funcionario que profirió el fallo, su superior funcional y el Procurador General de la Nación o a solicitud del interesado, lo cual es un medio expedito para corregir un yerro cometido por el director del proceso al tramitar la investigación por un procedimiento diferente al consagrado en la ley¹²¹.

c) Vicio de Nulidad

La Corte Constitucional en sentencia fundante sobre el tema del debido proceso sostuvo que cuando no se obedece al mandato constitucional de seguir las formas propias de cada juicio en toda actuación procesal, se incurre en “*flagrante violación de las perspectiva constitucional y en ostensible abuso de sus atribuciones [del funcionario competente] en detrimento de los derechos fundamentales, ocasionando a la vez la nulidad de las decisiones adoptadas con infracción de los preceptos superiores*”¹²². El Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 trae en su artículo 143 las causales de nulidad dentro del proceso disciplinario y relaciona en su numeral 3º la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. La tramitación del proceso disciplinario por un procedimiento diferente al que corresponde según la ley implica irregularidades sustanciales que afectan gravemente el debido proceso pues se están violando los principios de legalidad y tipicidad de los procedimientos, además de que no se están observando las formas propias de cada juicio. La disposición contenida en este numeral 3º del artículo 143 de la

¹²¹ Sobre la revocatoria directa de los fallos en el proceso disciplinario ver Corte Constitucional, Sentencia C-014 de enero 20 de 2004 con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Córdoba Triviño

¹²² Corte Constitucional, Sentencia T-460 de julio 15 de 1992 con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo

normatividad disciplinaria es simple aplicación de la norma constitucional contenida en el artículo 29 que declara nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso.

Al respecto ha comentado la Corte Constitucional:

*“hay que tener presente que la única nulidad procesal establecida expresamente por la Constitución, se origina precisamente en la violación del derecho al debido proceso: "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". ¿Podrá, acaso, aceptarse que si es nula la prueba obtenida con violación del debido proceso, **sea válido éste cuando se tramita por una vía equivocada, diferente a la que le está señalada por la ley?** ¿Podrá alguien sostener que ese trámite diferente al especial que le corresponde, configura un "debido proceso"?"¹²³*

Negrillas fuera del texto

Por su parte la Procuraduría General de la Nación, estudiando justamente el tema de las consecuencias jurídicas de seguirse un procedimiento diferente al establecido en la ley ha sostenido:

*“ (...) considera esta oficina que si el proceso disciplinario es reglado y se encuentra sometido a unos parámetros que deben ser observados, como en efecto lo está y las nulidades están previstas para corregir fallas procedimentales y adecuar el proceso para que cumpla con el fin que persigue, precisamente porque las normas que lo regulan se encuentran establecidas para que sean respetadas no solo por el investigado sino **también por el operador**, pues ello es lo que permite el pleno ejercicio de todos los derechos y garantías, así como de los intereses comprometidos; esos supuestos imponen que **en el caso de que se adelante el proceso por un procedimiento que no es el determinado por la ley, se genere la***

¹²³ Corte Constitucional, Sentencia C-407 de agosto 28 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Arango Mejía

violación de las formas del debido proceso y por ende, pueda predicarse la nulidad de lo actuado.¹²⁴ Negrilla fuera de texto

Sobre la Nulidad en caso de violación de las formas propias de cada juicio, la Procuraduría General de la Nación sostuvo con ponencia del Dr. Edgardo Maya Villazón que en caso de que se den los presupuestos necesarios para tramitar un proceso disciplinario por el trámite verbal, éste debe seguirse siempre y cuando se tenga la suficiente información probatoria que no haga necesario el trámite más dispendioso del proceso ordinario, so pena de incurrir en nulidad por violación de las formas propias de cada juicio¹²⁵.

Por todo lo anterior es de recibo que en caso de violarse las formas propias de cada juicio y con ello el debido proceso por tramitarse un procedimiento disciplinario por una cuerda procesal diferente a la estipulada en la ley, el vicio que afecta al proceso es de tal magnitud que podría declararse la nulidad de todo lo actuado desde el momento mismo en que se pretermitieron las etapas propias del procedimiento verbal. Sin embargo huelga anotar que la doctrina ha insistido en sostener que inclusive cuando se presentan violaciones sustanciales al debido proceso y si bien la nulidad es la forma de echar atrás lo actuado sin ajuste a las normas pertinentes, la nulidad debe ser el último de los caminos a seguirse, debiéndose siempre tratar de corregir el yerro por otros medios que no atenten contra la economía procesal¹²⁶.

d) Acción de Tutela

Como se ha establecido previamente, el comportamiento del operador jurídico disciplinario de tramitar por el proceso ordinario disciplinario un caso que encaja dentro de los supuestos del artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734

¹²⁴ Procuraduría General de la Nación, Concepto C-124 de 2004 rendido por el Dr. Esiquio Manuel Sánchez Herrera, Procurador auxiliar para asuntos disciplinarios.

¹²⁵ Procuraduría General de la Nación, solicitud de reposición fallo de única instancia, con radicación N° 155-51867-01

¹²⁶ SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIO MANUEL. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. Bogotá. Procuraduría General de la Nación. 2005

de 2002 como habilitantes del procedimiento verbal, al ser violatorio de las formas propias de cada juicio por cuanto deliberadamente tramita por un procedimiento distinto al establecido en la ley, igualmente menoscaba derechos y garantías fundamentales; tal es el caso de la garantía fundamental del debido proceso, como ya previamente se ha explicado, y del derecho a la igualdad. Inclusive viola otros principios fundamentales de nuestra Carta Política como lo son el de la seguridad jurídica y atenta contra la legítima expectativa de los destinatarios de la ley disciplinaria.

Estas garantías del debido proceso (incluyéndose en ellas la de legalidad, tipicidad, reserva de ley y formas propias de cada juicio) y el derecho a la igualdad, son de carácter fundamental, están consagradas en la Constitución Nacional en sus artículos 13 y 29; por ser de carácter fundamental son derechos de aplicación inmediata (artículo 85 constitucional) que no necesitan reglamentación legal y que pueden ser protegidos por medio del mecanismo constitucional de la acción de tutela tal y como lo estipula el artículo 86 de la Carta Superior. Por lo tanto, en caso de que el defecto surgido por la tramitación de una investigación disciplinaria por un procedimiento distinto al estipulado en la ley no pueda salvarse de ninguna manera idónea, puede acudir a la acción de tutela para buscar la salvaguarda de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso si estos efectivamente se están poniendo en peligro siempre de acuerdo con la reglamentación específica de la acción de tutela.

Hemos de recordar que las consecuencias jurídico procesales antes comentadas, entre ellas la impugnación por medio de los recursos pertinentes y la acción de nulidad (es decir las vías gubernativa y jurisdiccional contencioso disciplinaria correspondientemente) son los medios idóneos para poder reclamar la protección de estos derechos que se vio afectada por la tramitación de un procedimiento en contra de las disposiciones legales y en manifiesta vulneración de las garantías constitucionales; por ello, acudir a la acción de tutela sobre sería conducente en caso de que los recursos antes anotados no puedan producir el efecto de proteger los derechos fundamentales que están siendo violados, aunque no por eso deja

de ser una opción correcta, por tratarse de garantías constitucionales fundamentales las que están siendo menoscabadas por la actuación de la Administración, con respecto a la cual obviamente existe una situación de inferioridad por parte del Servidor Público implicado en el proceso de responsabilidad disciplinaria.

e) Otras formas de corregir el yerro

Debe siempre tenerse en cuenta que el operador disciplinario es al fin de cuentas el director del proceso disciplinario y el jefe para el caso en específico de la acción disciplinaria que él mismo está impulsando. Por ello, y por ser la acción disciplinaria oficiosa y de carácter público, en cualquier momento que note o se le haga notar que está tramitando un proceso disciplinario por los supuestos consagrados en el artículo 175 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 por medio del procedimiento ordinario, puede corregir las actuaciones en el Estado en el que se encuentren, garantizando siempre los derechos de defensa y debido proceso de los implicados y para lograr materializar los principios de la actividad administrativa, especialmente el de eficacia y la economía procesal. De esta manera, se podrá proferir auto de cargos con citación a audiencia en cualquier momento en que se perciba que se encuentra amparado en una de las causales habilitantes del procedimiento verbal consagradas en el artículo 175 de la ley disciplinaria. Esta es una forma más con la cual cuenta la Administración para poder corregir los trámites equivocados y que sin duda alguna es la mejor en términos de economía procesal.

2. CONSECUENCIAS PARA EL OPERADOR JURÍDICO DISCIPLINARIO

Si bien la interpretación o juicio de valor que realiza todo operador respecto de las normas jurídicas que rigen los asuntos sometidos a su consideración no puede

estar sometida a reproche disciplinario¹²⁷ pues ésta hace parte de la actividad administrativa que estos desempeñan, diferente es la situación en caso de que esta interpretación resulte ser no solo manifiestamente contraria a la ley y a la Constitución Nacional, caso en el cual abiertamente se presentaría una violación al deber funcional como servidores públicos y particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas que son, sino también cuando resulte ser una interpretación realizada de una manera acomodada para favorecer ciertos intereses o perjudicar otros. Es por eso que en el presente acápite se analizan las posibles consecuencias jurídicas a que puede verse sometido el operador disciplinario que correspondiéndole tramitar un proceso por el procedimiento verbal disciplinario, deliberadamente sigue la cuerda procesal ordinaria violando los principio que ya se han comentado en reiteradas ocasiones.

a) Responsabilidad disciplinaria

La valoración de las normas jurídicas realizada por el operador disciplinario sí puede ser sujeto de reproche en sede de responsabilidad disciplinaria si dicha interpretación se realiza de una manera amañada para perjudicar o favorecer a quienes son objeto de dicha determinación, apartándose de los principios de rectitud, honestidad, transparencia que deben orientar su actuar como juzgador administrativo. En tanto dicho proceder se aparte del debido cumplimiento de la función encomendada y con esto se atenta contra su deber funcional, entorpeciendo la gestión administrativa, ello constituye una ilicitud sustancial, por lo cual puede ser inestimable disciplinariamente. Es de insistir que solo podría decirse que se actúa con incumplimiento del deber funcional cuando deliberadamente se altera la forma procesal debida con conocimiento de causa. En este caso es deber de todo funcionario público poner esta irregularidad en conocimiento de las autoridades competentes.

¹²⁷ Procuraduría General de la Nación, Concepto C-345 de 2004

b) Responsabilidad Penal

Con los mismos argumentos que sirven de base para poderse predicar la posible responsabilidad disciplinaria del operador disciplinario se establece que en caso de existir la deliberada intención de sacar provecho de la determinación adoptada por medio de la cual se sigue un procedimiento distinto al establecido en la ley. Dependiendo de los elementos específicos de cada caso, la conducta del operador disciplinario podría adecuarse típicamente al los comportamientos descritos para los delitos de concusión, cohecho, siendo el más posible de todos el prevaricato, pues es elemento normativo del tipo penal de este delito el acto de proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, las circunstancias especiales del caso que se analicen serán las únicas que puedan indicar si se está frente a la comisión de un acto delictivo, caso en el cual también se estaría incurriendo en falta disciplinaria consagrada en el artículo 48 numeral 1 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002.

c) Otras clases de responsabilidades jurídicas

Si las condiciones y características específicas de la situación así lo constituyen puede hablarse de responsabilidades de tipo fiscal, administrativo laboral e inclusive de responsabilidad profesional (en cuanto a que el operador jurídico disciplinario es abogado y como tal sujeto de las normas que regulan sus prohibiciones y obligaciones). Nada de esto quiere decir de alguna manera que en los casos en que un proceso que debió haber sido tramitado por la vía del procedimiento verbal haya sido surtido por el trámite ordinario se deban presentar consecuencias de responsabilidad del operador jurídico disciplinario; esta referencia se hace por efectos pedagógicos y para indicar que la variación o alteración del trámite del procedimiento disciplinario cuando este se ajusta a los eventos consagrados en la ley no solamente es violatorio de principios constitucionales y legales sino que puede también implicar consecuencias, tanto para el proceso o investigación disciplinaria que se seguía como para el operador

disciplinario que dirigía el proceso. Lo anterior para crear una conciencia de respeto a las normas procesales, a la voluntad del legislador, a los preceptos constitucionales del debido proceso que van más allá que el simple derecho de defensa y a la legítima expectativa del Servidor Público destinatario de la norma disciplinaria y poder así lograr las finalidades específicas de la consagración de un procedimiento verbal en el aspecto sancionatorio disciplinario que lleno de expectativas con el logro material de la celeridad administrativa en este campo, la eficacia de la Administración de la justicia disciplinaria y la economía procesal, no ha visto los resultados que podría ofrecer debido al bajo uso que de sus disposiciones se da por parte de los diferentes organismos encargados de ejercer acción disciplinaria, siendo que sus disposiciones no son optativas o facultativas sino de imperativo cumplimiento.

Anexo B. Breve aproximación a las vicisitudes de la implementación práctica del procedimiento verbal disciplinario

La presente es una breve referencia a diferentes problemáticas que han surgido de la aplicación en la práctica forense del procedimiento verbal disciplinario consagrado en el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. El presente no pretende ser un estudio sino más bien un ligero esbozo de diferentes situaciones que se han presentado a través de los años en las diferentes entidades y organismos encargados de hacer efectiva la acción disciplinaria al momento de adelantar procedimientos verbales; igualmente el presente escrito no pretende ser una explicación del proceso de *migración* hacia el procedimiento ordinario que se ha venido presentando en los últimos años, sino más bien no desconocer la realidad, los problemas que esta presenta y sobre todo resaltar que la creación e implementación de normas jurídicas que ayuden o permitan crear una dogmática propia del derecho disciplinario es una labor inacabada, incompleta y que como jurídica que es, debe servirse de sus dinámica característica para perfilar cada vez mejores instituciones procesales que puedan de alguna manera salvar los escollos que la práctica ha presentado.

1. APROXIMACIÓN A UNA IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS PARA LA EFICIENTE IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DEL PROCEDIMIENTO VERBAL DISCIPLINARIO.

a) Centralización de la competencia

La actuación disciplinaria, que en desarrollo del procedimiento verbal consagrado en el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 acontece en trámites de

audiencias, es regida por el funcionario que tiene la potestad disciplinaria en el caso específico, es decir, la competencia disciplinaria, que descansa en la persona del funcionario pues a él es que la ley ha investido de tales funciones. Por lo mismo y tanto todo impulso de la acción disciplinaria dentro del proceso debe ser realizado por el director del proceso, que puede ser el jefe de la oficina de control interno disciplinario, el personero municipal o distrital, el procurador o procurador delegado o el magistrado de la sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

Lo anterior significa que la realización de las audiencias del procedimiento verbal no pueden ser delegadas por el competente disciplinario, ya que durante el trámite de la diligencia pueden presentarse peticiones de variada especie¹²⁸ que pueden encarnar no solo el ejercicio de derechos sustanciales sino verdaderas solicitudes procesales de actos interlocutorios; podrían generarse solicitudes de nulidades, variación de la calificación jurídica de los cargos, negación de medios de prueba, solicitudes sobre las cuales solo podría tomar una decisión el director del proceso como competente disciplinario, de lo contrario, contemplando la posibilidad de que alguien más – inclusive dentro de la oficina o despacho competente – resolviera dichas peticiones, generaría una nulidad en los términos del numeral 1 del artículo 143 de la Ley disciplinaria que según la doctrina no solo hace referencia al fallo, sino también a todo tipo de actos interlocutorios que se profieran dentro del proceso¹²⁹; lo anterior hace imprescindible que quien dirija la audiencia tenga la facultad de decidir.

Por lo tanto la delegación de la dirección de la audiencia dentro del procedimiento verbal disciplinario es una opción que no puede contemplarse, no solo por la posibilidad de generar nulidades en caso de presentarse una solicitud interlocutoria, sino porque iría contra los principios mismos de la consagración del procedimiento verbal, entiéndase: inmediación, contradicción, publicidad, etc. Al

¹²⁸ GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO, Op. Cit. p. 173

¹²⁹ MEJÍA OSSMAN y QUIÑONES RAMOS, Op. Cit. p. 267 y siguientes

no poderse delegar la dirección de la audiencia, el jefe de la oficina o del despacho, es decir, el funcionario competente tendría que estar permanentemente presente en la audiencia y dedicado con exclusividad a ella, lo cual significaría una centralización de todas las tareas de la sustanciación del proceso, que no permitiría la movilidad de las demás funciones o demás casos de los cuales se ocupa la oficina o despacho. Esto en la práctica ha significado que ante la falta de disposición del tiempo para seguir multiplicidad de audiencias de procedimientos verbales disciplinarios, los operadores opten por seguir los procesos por la cuerda procesal ordinaria que permite labores de sustanciación compartida con los asesores y demás miembros de la audiencia, y salvo puntuales diligencias no requiere de toda la atención por parte del funcionario competente.

Esta concentración de la competencia, en otro de sus aspectos, también ha significado que en diferentes entidades del orden nacional, los procesos disciplinarios tengan que surtirse en la sede central, pues la potestad disciplinaria para la entidad solo la detenta la sede central, por lo cual, físicamente hablando, solo se tendría oficina de control interno disciplinario en la sede central de la entidad. Consecuencialmente el trámite de un procedimiento verbal que implica desarrollo en audiencias y presencia personal del implicado y su apoderado, necesariamente exigiría el traslado del funcionario o servidores públicos procesados y sus apoderados a la sede central de la entidad, con los correspondientes gastos que ello significaría, y las dificultades en términos de tiempo con las consecuencias de las suspensiones del servicio por necesidad de trasladarse a cumplir con la citación a audiencia. Esto en la práctica podría significar casos exagerados donde decenas de personas tengan que movilizarse en varias ocasiones, lo cual sin duda alguna es una gran talanquera para la efectividad del proceso y para la verdadera eficiencia de que debería gozar la justicia disciplinaria.

b) Medios Técnicos

El artículo 98 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 reza:

“Para la práctica de pruebas y para el desarrollo de la actuación se podrán utilizar medios técnicos, siempre y cuando su uso no atente contra los derechos y garantías constitucionales

Las pruebas y diligencias pueden ser recogidas y conservadas en medios técnicos y su contenido se consignará por escrito solo cuando sea absolutamente necesario.

Así mismo la evacuación de audiencias, diligencias en general y la práctica de pruebas pueden llevarse a cabo en lugares diferentes al del conductor del proceso a través de medios como la audiencia o comunicación virtual siempre que otro servidor público controle materialmente su desarrollo en el lugar de su evacuación, de ello se dejará constancia expresa en el acta de la diligencia”

La inclusión de este artículo en el Código Disciplinario Único es muestra de la clara intención del legislador de propender por un procedimiento tendiente a la oralidad dentro del proceso disciplinario, la consagración legal de las facultades de utilización de medios técnicos en desarrollo del proceso facilita en gran medida, además, la práctica de las diligencias de los procedimientos verbales, la cual se realiza en audiencias primordialmente. Sin embargo, esta disposición, al ser entendida en armonía con las disposiciones sobre el procedimiento verbal, implica que las oficinas y despachos de competencia disciplinaria *deben* implementar el uso de medios técnicos para el agotamiento de las diligencias propias del proceso, y tener además la infraestructura necesaria para albergar la realización de una audiencia. Si bien esto es posible en algunas entidades, el factor presupuestal lo hace casi imposible en la gran mayoría, donde carecen

inclusive de los medios básicos para el funcionamiento de una oficina, lo cual no es desconocido ni siquiera para los gestores del Código Disciplinario Único¹³⁰, estos son los lugares en que no podría pensarse en la implementación de medios técnicos por las dificultades para lograrlo. El tema de la infraestructura ha sido en la práctica un verdadero problema para adelantar procedimientos disciplinarios verbales, nada más piénsese en una audiencia con cinco investigados, cada uno con sus correspondientes apoderados, el quejoso con su apoderado, el director de la audiencia y la secretaria, la generalidad de las oficinas o despachos de operadores jurídicos disciplinarios no tienen la infraestructura necesaria para alojar una audiencia con 14 personas donde se debate la responsabilidad disciplinaria de los procesados.

Es así como las condiciones presupuestales de la realidad de la entidades públicas impiden que en la generalidad de los casos sea sencilla la implementación de medios técnicos que faciliten el trámite del procedimiento verbal disciplinario, esto sumado a la infraestructura necesaria para seguir un proceso de estirpe oral organizado en audiencias hace que las condiciones fácticas no sean las más propicias para la aplicación del artículo 98 disciplinario.

c) Falta de capacitación y desconocimiento de la dogmática disciplinaria

Tal vez el punto más delicado de tratar sobre las dificultades que ha ofrecido en la práctica la implementación del procedimiento verbal disciplinario con sagrado en la ley 734 de 2002 es de la falta de capacitación de los funcionarios que como operadores disciplinarios son los competentes de dirigir los procesos de investigación de responsabilidad disciplinaria que deben tramitarse por el procedimiento verbal por mandato del artículo 175 de la ley disciplinaria. La *migración* que se ha presentado por parte de los operadores jurídicos

¹³⁰ “No es posible construir un proceso verbal si apenas se cuenta con escribientes y máquinas de escribir” cita directa de GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO, Op. cit., p 172

disciplinarios hacia el procedimiento ordinario se debe en gran parte a la incapacidad de estos funcionarios de dirigir un proceso que, como el verbal, se va a realizar con una alta cuota de concentración e inmediación, fundamentalmente en audiencias y donde la celeridad propia del procedimiento hace que las decisiones y providencias del procesos deban tomarse con completa inmediatez.

La inmediación, oralidad, concentración y celeridad propias del procedimiento disciplinario exige una alta preparación dogmática y procesal en materia del procedimiento como tal, de sus normas específicas y de las garantías constitucionales que se deben salvaguardar en su implementación, por parte del operador disciplinario. Adicionalmente estos funcionario necesitan tener un alto conocimiento de las vicisitudes del proceso que están llevando, de los procesados e implicados, del quejoso, de los aspectos fácticos y más allá de eso, de los aspectos jurídicos que allí se están manejando, los cuales, por tratarse de cualquier actividad de la Administración, pueden ser relativas a las más diferentes naturalezas y materias. Durante el trámite del proceso, en cualquiera de sus etapas, en cualquiera de las audiencias de trámite pueden presentarse por parte de los sujetos procesales solicitudes de pruebas, aportaciones de las mismas, solicitudes de nulidades, procesales o sustanciales, recursos de reposición, e infinidad de solicitudes interlocutorias que deben ser resueltas en la misma audiencia con la inmediatez característica de los procesos verbales, sin dar oportunidad al juzgador disciplinario de revisar cuidadosamente el proceso para cuidarse de tomar una decisión en derecho. No podemos perder de vista que por la cuerda del procedimiento verbal también se tramita la investigación por conductas que presuntamente constituyen falta disciplinaria gravísima de acuerdo con el inciso segundo del artículo 175, por lo cual, lo que se está manejando dentro del proceso es la continuidad dentro del ejercicio de la función de un servidor público, que puede ser sancionado con destitución e inhabilidad general hasta por un término de 20 años, todo lo cual se está ventilando en un proceso breve y concentrado. La carga de responsabilidad para el operador disciplinario implica que los competentes de adelantar investigaciones disciplinarias prefieren

seguir por el procedimiento verbal los casos que han sido consagrados por el legislador como de trámite por el procedimiento verbal, presentándose la mencionada *migración*.

Esta falta de preparación y capacitación de los funcionarios los pone en una situación muy delicada cuando de adelantar procesos de responsabilidad disciplinaria por el trámite del procedimiento verbal se trata. Existe un gran desconocimiento de las normas específicas que regulan este procedimiento, los auxiliares de los operadores jurídicos tampoco suelen tener capacidades para brindar soporte a las diligencias de los procesos de índole oral en la justicia administrativa de naturaleza sancionatoria; si bien el proceso brinda así una mayor eficacia en términos de celeridad, este mismo punto y las características fundamentales del procedimiento verbal son las razones que juegan en su contra a la hora de seguirse este tipo de trámite. El ejercicio del derecho de defensa, del derecho de postulación e inclusive la forma como los sujetos procesales acuden al proceso tiene particularidades muy propias de sus disposiciones, las cuales hacen en la práctica mucho más complejo el trámite de este procedimiento, sin dejar de ser por eso muy ventajoso tanto para el implicado (por la rapidez de la solución jurídica de su situación), como para los otros sujetos procesales (por las facilidades brindadas por la concentración e intermediación) y para mismo el operador jurídico disciplinario (pues es considerablemente mayor la eficacia y eficiencia de este tipo de procesos por el mayor conocimiento que le permite del implicado y la prontitud en poder definir la responsabilidad que se debate).

La doctrina ha mencionado la “*necesidad de contar con funcionarios de gran idoneidad para adelantar estos procesos*”¹³¹ ya que el trámite y las condiciones propias del procedimiento lo exigen, pero la *migración* hacia el procedimiento ordinario se presenta pues los funcionarios competentes para adelantar los procedimientos disciplinarios no tienen la preparación dogmática en derecho disciplinario que ello exige, sin contar con las dificultades adicionales que este tipo

¹³¹ GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO, Op. Cit., p. 159

de procedimientos implica, sumado a la alta posibilidad de poner en peligro garantías constitucionalmente protegidas en el trámite procesal, por lo cual, y para evitar posibles solicitudes de nulidades por yerros cometidos, se prefiere el trámite del proceso ordinario, que brinda mayores términos, donde el operador jurídico disciplinario gozará a la vez de posibilidades más amplias para el análisis de los temas que se traten dentro de la investigación, pero pasándose por alto que seguir el procedimiento verbal en los casos consagrados en la ley, tal y como se ha explicado, no es facultativo del operador disciplinario, sino una obligación pues la normas procesales que así lo consagran tienen efectos vinculantes con respecto de él y las partes.