

# **CAPÍTULO 3**

———— \* ————

## **PRINCIPIOS Y GARANTÍAS IMPLÍCITOS EN EL DEBIDO PROCESO**



## Capítulo 3

### PRINCIPIOS Y GARANTÍAS IMPLÍCITOS EN EL DEBIDO PROCESO

Entendido el debido proceso como un derecho fundamental, compuesto de varios preceptos, se ha forjado en la teoría que algunos de estos preceptos normativos superiores se estructuran a partir de principios, por consiguiente el derecho fundamental puede estar basado en normas calificables como principios, que a su vez son principios constitucionales<sup>112</sup>.

Se ha de predicar que este conjunto de principios constituyen garantías que tienen una naturaleza de carácter sustancial. Precisamente, esta es la naturaleza del debido proceso. Ello en razón a que el debido proceso tiene dos expresiones fundamentales: por una parte una de tipo adjetivo, la cual, como se ha señalado, implica en todos los campos el respeto de las formas procesales establecidas legalmente, y otra, que es la que se desarrollará en este apartado, que es la de carácter sustancial, según la cual confluyen al debido proceso una serie de principios fundamentales<sup>113</sup>.

La naturaleza manifiesta en los principios jurídicos, más cuando son de raigambre constitucional, hacen que sean obligatorios en un Estado Social de Derecho, en la medida en que, cuando están constituidos a través de una norma jurídica, son de estricto cumplimiento, inclusive para quienes tienen la facultad de interpretar la normatividad para resolver conflictos jurídicos. El profesor Ronald Dworkin, en su obra *Los derechos en serio*<sup>114</sup>, identifica los

---

112 Pino, G., Op. cit. p. 196.

113 Ariza Marín, E. (2012). Autoregulación y debido proceso. Bogotá: Ed. Ibáñez, p. 62.

114 Dworkin, R. (2009). *Los derechos en serio*. (Martha Guastavino, trad.). Barcelona: Ed. Ariel, p. 81. (Obra original publicada en 1977).

principios jurídicos como estándares diferentes a la norma jurídica, y plantea en relación con el papel importante que juegan los principios en la toma de decisiones, dos teorías, una en donde algunos principios jurídicos tal como las normas jurídicas son obligatorios como derecho para quienes toman decisiones y para los jueces, y una segunda teoría, consistente en negar que algunos principios jurídicos puedan ser obligatorios como lo son algunas normas jurídicas. Es evidente que, en relación con los principios que emanan del debido proceso, la primera de las teorías de Dworkin es la que representa la esencia en que se conciben estos principios, bajo su naturaleza jurídica sustancial.

Ha señalado la Corte Constitucional frente a esa naturaleza de carácter sustancial de los principios y garantías del debido proceso, que son de obligatorio cumplimiento, y en especial ponen límite a la arbitrariedad, lo cual se entiende como el abuso que se puede extralimitar de las relaciones especiales de sujeción, que *a contrario sensu*, sirven de limitante o dique en la toma de decisiones por parte de los jueces y autoridades administrativas:

Posee una estructura compleja, en tanto se compone por un plexo de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad<sup>115</sup>.

La jurisprudencia colombiana, en particular la Corte Constitucional, en su constante aporte en la construcción de la dogmática del derecho disciplinario ha destacado de manera reiterada las garantías que hacen parte del debido proceso en esta materia, a través de diferentes sentencias, tanto en sede de control

---

115 Corte Constitucional. Sentencia C-034 de enero 29 de 2014. M. P. María Victoria Calle. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-034-14.htm> [Última consulta en junio 18 de 2016]

de constitucionalidad como en las decisiones de revisión de la tutela, entre las que se pueden destacar: C-310 de 1997, C-555 de 2001, C-818 de 2005, T-1102 de 2005, T-1034 de 2006, T-330 de 2007, C-213 de 2007, C-595 de 2010 y C-593 de 2014<sup>116</sup>.

La última sentencia enunciada, la C-593 de 2014, es una sentencia hito, que ha fijado la señalada línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, y por ende recoge, entre otros principios, los siguientes:

- (i) El principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria;
- (ii) El principio de publicidad;
- (iii) El derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba;
- (iv) El principio de la doble instancia;
- (v) La presunción de inocencia;
- (vi) El principio de imparcialidad;

---

116 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias:

C-310 de 1997. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-310-97.htm>

C-555 del 31 de mayo de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Recuperado de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-555-01.htm>

C-818 de 2005. Recuperado de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-818-05.htm>

T-1102 del 28 de octubre de 2005. Op. cit.

T-1034 del 5 de diciembre de 2006. M. P. Jaime Sierra Porto. Recuperado de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-1034-06.htm>

T-330 del 4 de mayo de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-330-07.htm>

C-213 del 21 de marzo de 2007. M. P. Humberto Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-213-07.htm>

C-595 del 27 de julio de 2010. M. P. Jorge Iván Palacios Palacios. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-595-10.htm>

C-593 de 2014. Op. cit. [Sentencias consultadas en junio 18 de 2016]

(vii) El principio de *non bis in ídem*;

(viii) El principio de cosa juzgada; y

(ix) La prohibición de la *reformatio in pejus*.

De los principios esbozados, que se hallan inmersos en este derecho fundamental, no obstante que ha sido de reconocimiento, en general, su aplicación de manera estricta, por la comunidad jurídica, también lo es que según la clase de área del derecho, se admite en algunos de ellos su flexibilización. Una de esas áreas de admisión se materializa en el ejercicio del derecho disciplinario, en la cual no solamente se reconoce sino que se ha forjado, igualmente, en el campo de la doctrina y la jurisprudencia, la admisión de su aplicación de manera flexible, lo cual lleva a centrar el análisis precisamente respecto de estos principios, para entender por qué se enuncia el problema jurídico, en punto del debido proceso, en términos amplios.

## **1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El principio de legalidad es propio del orden jurídico que positiviza el derecho, y constituye una garantía inherente al debido proceso, en la medida que implica que previamente se encuentren reglados los procedimientos, se establezcan las conductas que comportan los delitos o las faltas, y sus sanciones, al igual que el tener preestablecido el juez natural.

Ello necesariamente implica que en la forma o estructura en que se define la conducta reprochada, y se establecen las sanciones o los criterios para su determinación, contemple unas modalidades particulares, según el área del derecho sancionador. Lo cual, la doctrina a través de las diferentes escuelas ha clasificado y evolucionado, y que ameritan su análisis independiente o de manera particular, en especial porque el principio de tipicidad tiene trascendental repercusión, para caracterizar la naturaleza del

derecho disciplinario y, a su vez, diferenciarlo del derecho penal. Lo mismo puede establecerse respecto a otras garantías, como el principio de culpabilidad o el *non bis in ídem*.

### **1.1. LEX PREVIA Y LEX CERTA**

Es así como se ha entendido en materia disciplinaria que el principio de legalidad tiene una doble garantía: por una parte, por la cual es necesario que existan preceptos jurídicos anteriores, es decir una *lex previa*, que a su vez contenga con alto grado de certeza —es decir *lex certa*— cuáles son las conductas infractoras y sus sanciones; y, por la otra, que exista la norma que contenga las facultades sancionatorias en cabeza de la administración<sup>117</sup>.

Se insiste que cuando de manera reiterada se asocia el principio de legalidad con la existencia previa de leyes —*lex previa*— conocidas por sus receptores, constituye en sí misma la garantía de los derechos humanos frente al poder de autoridad que ejerce y representa el Estado, para con quienes tiene vínculos especiales. En términos sencillos, es el avance del derecho frente a la arbitrariedad que genera la discrecionalidad que se daba en épocas de poderes absolutos de quienes ostentaban el poder, en especial respecto a sus subordinados.

### **1.2. FUNDAMENTOS EN COLOMBIA Y EN ESPAÑA**

La legalidad no solamente es un principio sino que es un derecho fundamental, que estructura, entre otros, el debido proceso en el multicitado artículo 29 de la Constitución Política en Colombia. Dirigido a que previamente deben encontrarse establecidos en la ley el juez o el operador competente, las faltas y las sanciones.

En la legislación española el derecho a la legalidad se encuentra consagrado en el artículo 25.1 CE, con un contenido muy amplio, donde se destacan las garantías de taxatividad o de *lex certa* y el

---

117 Corte Constitucional. Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. Op. cit.

de tipicidad o de *lex stricta*; el primero relativo a que la conducta prohibida sea definida en la ley con la mayor concreción posible, y la segunda a que la tipicidad sea previsible para sus destinatarios y un mandato para los jueces, tribunales u operadores<sup>118</sup>.

En este sentido, para el derecho sancionatorio administrativo español, el derecho fundamental a la legalidad, conforme al artículo 25.1 de la Constitución Española, es exigido de manera plena por la jurisprudencia, pero de manera morigerada cuando se trata del sancionatorio disciplinario, bajo la premisa de las relaciones especiales de sujeción. No obstante, se destaca la línea jurisprudencial<sup>119</sup>, en el entendido que parte de reconocer que en su esencia se compone de la referida doble garantía, tanto de naturaleza formal como material, de la cual se desprende, por una parte —formal—, la que hace referencia al rango necesario de esta clase de normas, y por la otra —material—, que constituye:

[...] un mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones<sup>120</sup>.

---

118 Alcácer Guirao, R. (2012). El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional. México, D.F.: Ed. Tirant lo Blanch, p. 19.

119 Tribunal Constitucional Español. Sentencias:  
STC 77/2006, de 13 de marzo. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/1983/11/07/pdfs/T00001-00003.pdf>  
STC 104/2009, de 4 de mayo. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2009/06/06/pdfs/BOE-A-2009-9469.pdf>  
STC 218/2013, de 19 de diciembre. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/23735>  
[Sentencias consultadas en junio 20 de 2016]

120 SSTC 135/2010, de 2 de diciembre. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2011/01/05/pdfs/BOE-A-2011-277.pdf> SSTC 144/2011, de 26 de septiembre. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6926> [Consultadas en junio 20 de 2016]



Por su parte, en Colombia la Corte Constitucional ha señalado que el principio de legalidad exige:

(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable y tiene como finalidad proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial, asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y en su materialización participan los principios de reserva de ley y de tipicidad<sup>121</sup>.

El planteamiento que aquí se expone es el de la exigencia estricta en la aplicación del principio de legalidad en el derecho disciplinario.

Por ello, hoy por hoy, no resultan admisibles ciertas posiciones jurisprudenciales que en una época consideraron que las faltas disciplinarias permitían la analogía *in malan partem*, en tanto el rigorismo de la tipificación penal no tiene cabida en tal campo<sup>122</sup>.

Así es que, por la misma evolución que ha tenido el derecho disciplinario, se considera que el debate que en sus inicios arguyeron los teóricos sobre la admisión de la no exigencia plena del principio de legalidad en materia disciplinaria, no tiene cabida en un derecho que está presentando su propia dogmática.

El profesor Alejandro Nieto también es de la tesis de que en la actualidad el principio de legalidad, en el campo disciplinario, es

---

121 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-713 de septiembre 12 de 2012. M. P. Mauricio González Cuervo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-713-12.htm> [Última consulta en junio 20 de 2016]

122 Gómez Pavajeau, Dogmática del derecho disciplinario. Op. cit., p. 282.

producto de su propia evolución, y que se ha forjado con especial rigidez al igual que con rigurosidad, lo que en su sentir produce grave perturbación a las potestades de la administración pública:

El principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador, tal como hoy lo entendemos, es de formación relativamente reciente y se ha consolidado como consecuencia de la agregación sucesiva y convencional de elementos distintos que hubieran podido operar separadamente. El resultado final de este proceso de fusión ha sido un principio extraordinariamente rígido, cuya aplicación rigurosa terminaría produciendo inevitablemente una grave perturbación del ejercicio normal de la potestad administrativa<sup>123</sup>.

Este constituye uno de los fundamentos teóricos para quienes admiten la flexibilización en el derecho disciplinario, y del cual se aleja la reformulación teórica en ciernes que aquí se plantea.

En el derecho disciplinario, la jurisprudencia colombiana ha sido copiosa en establecer los mandatos propios del principio de legalidad, en relación con la facultad de disciplinar a un servidor público; un ejemplo es la siguiente sentencia:

En el campo disciplinario, el principio de legalidad se encuentra reconocido en varias disposiciones constitucionales. En primer lugar, en los artículos 6º. y 29 que establecen que los servidores públicos no pueden “ser juzgados sino conforme a las leyes preexistentes”, y que “sólo son responsables por infringir la Constitución y la ley”. En segundo término, al disponer los artículos 122 y 123 que los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones se someterán a los comportamientos descritos en la Constitución, la ley y el reglamento y que, en todo caso, “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento”. Y, finalmente, en el artículo 124 que le asigna al legislador la potestad normativa para crear, modificar

---

123 Nieto, Derecho administrativo sancionador. Op. cit., p. 162.

o derogar el régimen de responsabilidad al que se someten los servidores del Estado. Esta última norma dispone que: “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

Esta positivización constitucional del principio de legalidad en el derecho disciplinario, le confiere un alcance netamente garantista a dicha especie del derecho punitivo del Estado. En efecto, el sujeto disciplinado tiene derecho a conocer anticipadamente cuáles son las conductas prohibidas y las sanciones que se derivan de su infracción. Al igual que puede exigir que su juicio se adelante conforme a los procedimientos preexistentes al acto que se le imputa y según las normas vigentes al momento de comisión del comportamiento antijurídico (C.P. art. 29)<sup>124</sup>.

En el derecho español, las sanciones administrativas no pueden consistir en privación de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.3 de su Constitución Nacional. Además, se rigen por el principio de legalidad, en el sentido de que las infracciones solo pueden ser castigadas por disposiciones contenidas en ley formal sin que los reglamentos tengan facultad alguna de carácter sancionador. El principio de legalidad derivado de los artículos 25 y 53 de la Carta Superior significa que las sanciones administrativas (penas pecuniarias) solo pueden imponerse mediante ley, al menos, ordinaria.

La vigencia del principio de legalidad en materia del Derecho Administrativo Sancionador también la ha demarcado claramente la jurisprudencia española, conforme se establece en sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983:

[...] Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3o., aunque, como es obvio, sometiéndole a las

---

124 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-818 de 2005. Op. cit.

necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos. Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el art. 25 de la Constitución y que dimanen del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas<sup>125</sup>.

En este orden de ideas, se tiene, entonces, que el principio de legalidad conforme a lo desarrollado, tiene diferentes manifestaciones o garantías frente al *ius puniendi* o derecho sancionador; por una parte, su predeterminación legal —*lex previa*—, la reserva de ley, y por la otra, lo que en esencia constituye el principio de tipicidad. Aunque vale traer a colación, que es de aceptación en España, que las garantías consagradas en este principio no solamente son las enunciadas sino que también lo es la irretroactividad de la ley.

De conformidad con la interpretación doctrinal y jurisprudencial más generalizada, este principio de legalidad sancionadora abarca, en realidad, una triple garantía: el principio de reserva de ley, el principio de tipicidad y el principio de irretroactividad (STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3). Ello sin perjuicio, además, de que el mismo artículo 25.1 CE contenga, implícitamente, y según la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, otros principios fundamentales, como el mandato del *non bis in ídem* o el principio de culpabilidad<sup>126</sup>.

Valga precisar que no debe identificarse o confundirse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero se

---

125 Tribunal Constitucional Español. STC 77/83, de 3 octubre. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/1983/11/07/pdfs/T00001-00003.pdf> [Última consulta en julio1 de 2016]

126 Rebollo Puig, M., Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L. y Bueno Armijo, A. (2010). Derecho administrativo sancionador. Valladolid: Ed. Lex Nova S.A.U, p. 113.

satisface cuando se cumple con la previa definición en la ley de las conductas punibles, faltas disciplinarias o infracciones y sus sanciones. El segundo, en cambio, es, en sí mismo, la definición o descripción de la conducta que la ley considera como delito, falta o infracción.

La relación entre el principio de legalidad y la naturaleza del principio de tipicidad de la conducta y determinación de la sanción, del cual se exige su aplicación bajo la rigurosidad de las normas que, en su conjunto, permiten que no haya desafuero por la administración o por quien tienen facultades sancionatorias, se sintetiza en esta afirmación: En otros términos, la tipificación de la sanción administrativa resulta indispensable como garantía del principio de legalidad<sup>127</sup>.

## **2. PRINCIPIO DE TIPICIDAD**

Constituye uno de los principios esenciales del debido proceso, y en concreto, es una de las categorías en las que se materializa el principio de legalidad. Este principio se encuentra contenido en la regla del derecho penal *nullum crimen nulla poena sine lege*, es decir, la garantía de la existencia previa de las normas que tipifican una conducta y sus sanciones. En la construcción de la dogmática del derecho disciplinario, este constituye uno de los principios tomados del derecho penal, en la modalidad *mutatis mutandis*, al punto de aceptarse cierta flexibilidad en su configuración.

Para la jurisprudencia española, como se referenció en punto del principio de legalidad, la tipicidad es uno de sus elementos, y constituye una garantía ineluctable respecto a la potestad disciplinaria consagrada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, frente a las faltas o irregularidades en que incurran los funcionarios de la rama judicial, en el ejercicio de su deber funcional; también ha sido coincidente, como se señala en sentencia del Tribunal Supremo

---

127 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-564 de 2000. Op. cit.

de abril 10 de 2012<sup>128</sup>, al pronunciarse sobre el artículo 418.11 de la mencionada Ley Orgánica:

Concurren aquí, por consiguiente, los elementos del tipo disciplinario previsto en el anteriormente citado artículo 418.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, habiéndose dado así en este caso estricta observancia a las garantías inherentes a un principio consustancial al ejercicio de la potestad disciplinaria como es el principio de tipicidad puesto que con arreglo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo —entre otras, sentencias de la Sala Tercera de 6 de octubre de 1997, 14 de noviembre de 2000, 12 de noviembre de 2002 y 6 marzo de 2009—, la normativa sancionadora resulta constitucionalmente lícita cuando es la ley la que ha de servir de expresa y directa cobertura, y quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y culpable, así como su concreta naturaleza, su específico alcance fáctico y su preciso significado jurídico. Y como declaran las sentencias de la referida Sala de 11 de noviembre de 2003 y 7 de mayo de 2010, el artículo 25.1 de la Constitución recoge en nuestro sistema jurídico dos garantías esenciales: en primer lugar, la llamada “garantía material”, consistente en la predeterminación de las conductas, lo que ha sido ratificado en las sentencias del Tribunal Constitucional 75/1984 y 182/1990; y, en segundo término, la denominada “garantía formal”, que se concreta en la necesaria habilitación legal de la norma sancionadora, lo que ha sido reconocido en las sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983, 42/1987, 101/1988, 69/1989 y 22/1990.

Lo anterior lleva también a precisar sobre la claridad jurídica en España, en cuanto a que, en referencia a la potestad sancionadora,

---

128 Tribunal Supremo. STS 2404/2012, abril 10. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6348087&links=disciplinaria&optimize=20120427&publicinterface=true> [Última consulta en julio1 de 2016]

exista reserva de ley. Sin embargo, como se expresó previamente, este principio de aplicación en general en el derecho administrativo sancionador se acepta con cierta flexibilización, según lo ha interpretado la jurisprudencia española, cuando analiza el aspecto formal de la enunciada doble garantía, en sede del Tribunal Constitucional:

De conformidad con la referida doctrina, este Tribunal ha entendido que la técnica de tipificación por remisión y en blanco de la ley al reglamento, dejando a la potestad reglamentaria por entero y *ex novo* la definición de las conductas susceptibles de sanción, resulta contraria al principio de legalidad en materia sancionadora del art. 25.1 CE (de nuevo por todas STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2). La aplicación de la anterior doctrina al ámbito administrativo sancionador requiere no obstante, introducir algunos matices: el alcance de la reserva de ley contenida en el art. 25.1 CE tiene, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, una eficacia relativa o limitada, no pudiendo ser tan estricto como el que se aplica a los tipos y sanciones penales por distintas razones que atañen «al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias» (STC 2/1987, de 21 de enero), bien «por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio) o materiales». De este modo, el mandato del art. 25.1 CE aplicado al ámbito administrativo sancionador determina que es necesaria la cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a disposiciones reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, de tal forma que quede totalmente excluido que las remisiones de la ley al reglamento hagan posible una regulación independiente y no claramente

subordinada a la ley (STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2 y 3 y jurisprudencia allí citada)<sup>129</sup>.

En cuanto hace a Colombia, sobre el principio de tipicidad se encuentran diversos pronunciamientos a nivel jurisprudencial, que establecen la necesidad que previamente estén determinados los comportamientos que se consideran como delitos o infracciones, no obstante la aceptación, también de su morigeración o flexibilización, como se ha enunciado previamente, en el derecho disciplinario. Sobre este principio, de manera general, se puede citar jurisprudencialmente lo señalado en la Sentencia C-343 de 2006<sup>130</sup>:

Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la “exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras”.

Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber:

- (i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas;
- (ii) Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley;
- (iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción.

---

129 Tribunal Constitucional Español. STC 135/2010, de 2 de diciembre. Op. cit.

130 Corte Constitucional. Sentencia C-343 de 3 de mayo de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-343-06.htm> [Última consulta en julio 1 de 2016]



En el mismo sentido, y desde la óptica del derecho penal, la Corte Constitucional en Colombia ha establecido el respeto pleno por el principio de legalidad en su relación vinculante con el de tipicidad, para lo cual se puede examinar la decisión No. 490 del veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011)<sup>131</sup>, en donde fijó el siguiente criterio:

[...] el principio de la legalidad en materia sancionatoria... está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre, es decir, que toda conducta que constituya un delito, así como las sanciones correspondientes deben estar previamente estipuladas en una disposición normativa, general y abstracta (desde el punto de vista formal) que los defina, pues se entiende que tales sanciones afectan o inciden de manera directa e individual sobre la esfera jurídica de los ciudadanos...

Esta exigencia de previa determinación en preceptos normativos de las conductas y de las sanciones correspondientes se exige en materia disciplinaria o administrativa sobre la tipificación de las conductas como tales, y también respecto de su graduación y escala de sanciones.

En este sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal —reserva de ley—, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser **razonable y proporcional**, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición<sup>132</sup>.

---

131 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-490 de 23 de junio de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-490-11.htm> [Última consulta en julio 1 de 2016]

132 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-564 de 2000. Op. cit.

En consecuencia, para el derecho disciplinario la tipicidad, también, se predica de modo que el conjunto de normas aplicables permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta.

El principio de tipicidad en materia administrativa conlleva a la necesaria aplicación de la determinación previa de las conductas que constituyen falta disciplinaria por lo que, aun cuando la definición del tipo utilice conceptos cuya delimitación permita un cierto margen de apreciación, son inadmisibles las cláusulas generales o indeterminadas de infracción que habilitan a la administración para actuar con excesivo arbitrio.

Si la autoridad es la administración, de sus decisiones se demanda que alcancen, mediante los medios idóneos, la consecución de los fines públicos previstos. La razonabilidad o principio de la interdicción de la arbitrariedad obliga a ponderar la idoneidad, necesidad, proporcionalidad y legitimación de las decisiones administrativas.

Ahora bien, al confrontar el principio de tipicidad, en el campo del derecho penal, es decir, para efectos de la determinación previa, clara y expresa de las conductas sancionables, sin lugar a interpretaciones o de acudir a criterios de razonabilidad o proporcionalidad, este principio regulado por *lex previa* impera de manera estricta; mientras, *a contrario sensu*, se ha aceptado doctrinaria y jurisprudencialmente su aplicación con cierta flexibilidad en materia del derecho disciplinario. La Corte Constitucional en Colombia ha sido reiterativa en que:

Esta Corporación ha señalado que si bien el principio arriba expuesto debe aplicarse sin excepción en todas las actuaciones procesales que se deriven de la potestad sancionadora del Estado, existe una diferencia importante en la aplicación del principio de legalidad respecto de la determinación de las conductas en los tipos legales del ordenamiento penal, por un

lado, y en los del ordenamiento disciplinario, por el otro. Ello porque, a diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan con los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario<sup>133</sup>.

Conforme se ha venido desarrollando, es evidente que para la jurisprudencia en Colombia no hay, hasta el momento, rótulo diferente que el contemplar, para efectos del derecho sancionatorio disciplinario, una clara distancia en lo que respecta a las reglas o criterios exigidos para el derecho penal.

La tipicidad, como regla del debido proceso, tiene plena vigencia en el derecho administrativo sancionador pero con una intensidad diferente a la exigida en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias hacen posible una flexibilización razonable de la descripción típica<sup>134</sup>.

Así es que, en relación con el elemento de la tipicidad en materia penal hay estricta legalidad, sin embargo en el derecho administrativo sancionador se observa que no se le exige el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción<sup>135</sup>.

En síntesis de lo hasta aquí señalado, uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las infracciones no solo deben estar descritas de manera completa,

---

133 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1102 de octubre 28 de 2005. Op. cit.

134 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-406 del 4 de mayo de 2004. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-406-04.htm> [Última consulta en julio 1 de 2016]

135 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-099 de 2003. Op. cit.

clara e inequívoca en ley previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada; pero desde la óptica del derecho disciplinario se admite su flexibilización, lo cual una vez determinado teóricamente, se analizará luego, de cara a la incidencia real en la restricción del derecho fundamental al debido proceso, y otros derechos de manera derivada.

## **2.1. LA FALTA DISCIPLINARIA**

El concepto de falta disciplinaria corresponde en su contenido particular, al desarrollo del principio de tipicidad. Se concibe como la realización de una conducta contraria al deber funcional, es decir, que se halla como una definición abstracta, que remite a otra disposición legal o reglamentaria. Así, por ejemplo, en Colombia se encuentra claramente definida en el artículo 23 del Código Disciplinario Único, el cual establece expresamente que:

Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código 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, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento<sup>136</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia, se reitera, en su contribución en el desarrollo del derecho disciplinario, también se ha ocupado de las faltas disciplinarias en el derecho disciplinario, aspecto fundamental para la caracterización de esta área del *ius puniendi*. Aborda esta categoría, por ejemplo, en la citada sentencia C-818 de 2005, por la cual se declaró la exequibilidad del numeral 31 del artículo 48 de la

---

<sup>136</sup> Código Disciplinario Único, aprobado por la Ley 734 del 5 de febrero de 2002. Publicada en el Diario Oficial No. 44.708 del 13 de febrero de 2002. Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0734\\_2002.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html) [Última consulta en abril 15 de 2017]

Ley 734 de 2002, artículo que contempla la relación de faltas gravísimas, y que prácticamente en el ordenamiento jurídico colombiano es lo más cercano a la expresa descripción del tipo, porque en cuanto a las faltas graves y leves se debe hacer remisión a criterios<sup>137</sup> que permiten, según lo considere quien adelante el proceso disciplinario, determinar la gravedad o levedad en que se infringió el deber constitutivo de falta disciplinaria. Esta ausencia de determinación típica de las faltas graves y leves, es una clara diferencia con el derecho penal, en cuya sede hay estricta tipicidad.

Establece la Corte Constitucional, entonces, en la Sentencia C-818 de 2005, en punto de tipicidad, en materia disciplinaria, que:

[...] Para la configuración de una falta disciplinaria, se deben describir en términos absolutos, precisos e incondicionales las conductas que impliquen la existencia de una obligación, deber, prohibición, incompatibilidad o inhabilidad que impidan que el juzgamiento de una persona quede sometido al arbitrio del funcionario investigador. Ahora bien, los principios como norma jurídica también pueden ser objeto de complementación

---

<sup>137</sup> CDU. Ley 734 de 2002. Op. cit. artículo 43. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
7. Los motivos determinantes del comportamiento.
8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

mediante la integración jurídica de su contenido normativo, ya sea a través de disposiciones constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal (o en términos generales: reglas), que permitan concretar de manera clara e inequívoca, las conductas prohibidas en materia disciplinaria. Se trata de acudir al empleo de la técnica de remisión del tipo disciplinario en blanco o abierto que exige para la constitucionalidad de la descripción de una infracción disciplinaria, la definición de un contenido normativo específico mínimo que garantice a los destinatarios de la norma, protección contra la aplicación arbitraria de la misma<sup>138</sup>.

La misma Corte Constitucional, antes de que en Colombia se hiciera el compendio normativo disciplinario único, es decir, de aplicación general a todos los servidores públicos, exponía la misma línea jurisprudencial, en particular, a raíz de la Constitución Política de 1991, a partir del principio fundamental consagrado en el artículo 60, en cuanto a las restricciones para los servidores públicos. Así es que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde 1994, señaló que:

[...] pues es de la competencia del legislador configurar el tipo disciplinario en forma genérica, con cierto grado de indeterminación y sin recabar precisiones exageradas de los elementos que lo estructuran, mediante el uso de parámetros generales de las conductas dignas de desaprobación, para efectos de su encuadramiento típico.

[...]

Con base en lo anterior, es anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias, se encuadren en la forma de **tipos abiertos**<sup>139</sup>.

---

138 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-818 de agosto 9 de 2005. Op. cit.

139 Corte Constitucional. Sentencia C-427 del 29 de septiembre de 1994. M. P. Fabio Morón Díaz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-427-94.htm> [Última consulta en julio 1 de 2016]

De esta manera la jurisprudencia ha precisado que los tipos abiertos en materia disciplinaria no contravienen la Carta Superior, en el entendido de que sus artículos 124, 125 e inclusive el 150, señalan que es del resorte del legislador regular cuáles son las conductas sancionables disciplinariamente.

Por lo tanto, la técnica es la del tipo disciplinario en blanco o abierto, caracterizado por la remisión a otra disposición, bajo la perspectiva de que es prácticamente imposible elaborar un catálogo de faltas disciplinarias, por la variedad de deberes, funciones, reglas, prohibiciones, obligaciones que incumben cumplir a los diferentes servidores públicos, en el ejercicio funcional, lo cual finalmente se encuentra reglado en la ley, manuales o reglamentos internos, que se constituyen en los remisorios que permiten al operador disciplinario darle un margen de concreción del tipo, es decir, comporta la implicación y exigencia a la vez, que la conducta sustitutiva a la que se remite deba ser siempre de carácter concreto, y descrita en normas constitucionales, legales o con fuerza de ley.

Lo anterior se ha decantado en el ordenamiento jurídico interno colombiano, de manera pacífica, con el reconocimiento de que los tipos abiertos en el campo disciplinario, conllevan la existencia de límites que deben ser respetados, y por ende,

[...] le queda proscrito al operador jurídico-disciplinario ir más allá de las disposiciones legales o reglamentarias vigentes en que se encuentran determinadas las funciones, órdenes, prohibiciones y limitaciones de los servidores públicos, como también le está vedado recurrir a la analogía de funciones; el operador debe limitarse a las estrictamente señaladas por el ordenamiento jurídico<sup>140</sup>.

Es interesante examinar esta garantía desde la óptica del derecho laboral privado y el poder de disciplina propio de esta

---

140 Quintero Restrepo, L. (2011). Tipicidad en materia disciplinaria: tipos abiertos y numerus apertus. En Revista Electrónica. Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín. Número 7 Año 2. ISSN 2145-2784. Mayo-Agosto 2011.

clase de relaciones. Por ejemplo, los tratadistas mexicanos Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela consideran que

[...] son faltas disciplinarias las infracciones derivadas de conductas inapropiadas del trabajador que afectan principios, reglas, usos, sistemas de vida y de comportamiento. Son violatorias de normas legales, reglamentarias o convencionales y alteran el orden e incumplen deberes legítimamente establecidos. No contribuyen a la obtención de los fines de la organización y constituyen desviaciones punibles<sup>141</sup>.

Las faltas disciplinarias en materia del derecho laboral privado, como normas prohibitivas, responden al enunciado poder de autoridad delegado en el empleador, dirigido a encauzar la conducta y a proteger el orden y los deberes.

Sin embargo, si se hace el examen desde la clase de tipología, contrario a los tipos producto de las relaciones especiales de sujeción, en la relación de trabajo privada las faltas disciplinarias se encuentran expresamente señaladas en el Reglamento Interno de Trabajo, es decir que este debe contener la relación descriptiva de las faltas a la disciplina en que puede incurrir el trabajador. El ya citado artículo 108 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia establece, entre otros mandatos, en los numerales 15 y 16, que el reglamento debe contener:

15. Obligaciones y prohibiciones especiales para el patrono — léase empleador— y los trabajadores.

16. Escala de faltas y procedimientos para su comprobación...<sup>142</sup>

Lo anterior lleva a inferir que las faltas disciplinarias en el campo laboral, en tratándose de las relaciones de trabajo con un mismo empleador privado, corresponden a un catálogo de tipos descriptivos completos.

---

141 De Buen Lozano, N. y Morgado Valenzuela, E. (1988). Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 571.

142 Código Sustantivo del Trabajo. Op. cit., Artículo 108.



Pero, por otra parte, el reglamento contentivo de dichas faltas debe ser previamente conocido, estar regulado por los principios de legalidad y publicidad y sometido al control que realiza el ejecutivo a través del Ministerio de Trabajo, al que le corresponde verificar que el Reglamento Interno de Trabajo se ajuste al ordenamiento jurídico, en el evento de objeciones, por parte de los trabajadores.

Es decir, que la norma laboral de naturaleza de orden público establece un mínimo de garantías que debe contener el Reglamento Interno de Trabajo, respecto al procedimiento privado que se plasme en el mismo. Y es allí en donde aparece el Estado Social de Derecho, para regular esas facultades extraordinarias que emanan del poder de autoridad, fundado sin lugar a dudas en el elemento legal de la subordinación.

En cuanto a la regulación de las faltas disciplinarias en España, lo primero es la referencia al Real Decreto Legislativo 5 de 2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>143</sup>, por cuanto contiene en su Título VII el Régimen Disciplinario al cual están sometidos los funcionarios públicos y el personal laboral, en el que se destaca lo relacionado con sus derechos, principios, deberes, las faltas disciplinarias y las sanciones.

El citado Real Decreto Legislativo derogó la Ley 7 de 2007, de 12 de abril, la cual como código de conducta dirigido a aquellos vinculados con la administración pública, fue criticado por connotados tratadistas, como el maestro Alejandro Nieto, quien en su obra *El desgobierno de lo público* sostiene que no contenía medidas efectivas para evitar el real desmantelamiento de la función pública, y que se quedó en fórmulas irrealizables que no pasan del papel y en las estadísticas. Además manifestó que existía una “asimetría” entre los derechos y los deberes de los funcionarios

---

143 Estatuto Básico del Empleado Público. Aprobado por el Real Decreto Legislativo 5 de 2015, de 30 de octubre. Fue publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) Número 261, de 31 de octubre de 2015. Se entiende incorporada la corrección de errores publicada en el BOE número 278 de 20 de noviembre de 2015. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719#ddunica> [Última consulta en marzo 22 de 2016]

públicos, pues los primeros estaban minuciosamente regulados, mientras los deberes estaban relacionados “desganadamente en una lista desvaída”, y se acogía una línea doctrinal más vacua y los configuraba en términos literal y materialmente ininteligibles<sup>144</sup>.

Si se compara la evolución de la concepción de deberes entre los dos regímenes españoles, se tiene que el artículo 52 del anterior Estatuto Básico del Empleado Público, que contemplaba que eran deberes de los empleados públicos desempeñar con diligencia las funciones asignadas, velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del ordenamiento jurídico, y actuar con arreglo a una serie de principios que inspiran el código de conducta configurados por principios éticos, no ha variado en la disposición contenida en el nuevo artículo 52 del vigente Estatuto Básico, pues literalmente es el mismo.

Lo anterior se observa, al establecer el nuevo Estatuto, las tres mismas líneas generales de deberes para los empleados públicos, como son: deberán desempeñar con diligencia las tareas asignadas, velar por los intereses generales y actuar con arreglo a una serie de principios enunciados<sup>145</sup>, que inspiran el Código de Conducta, configurado por los principios éticos y de conducta, los que, señala, regulará en el mismo articulado, tal como se decía en el anterior Estatuto.

En este orden de ideas, es palmario que las críticas del maestro Nieto en el año 2012 continúan vigentes, en cuanto a la forma poco

---

144 Nieto, El desgobierno de lo público. Op. cit., p. 253.

145 Estatuto Básico del Empleado Público. Op. cit. **Artículo 52. Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta:** Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.

clara en que se encuentran regulados los deberes de los empleados públicos, cimentados en principios éticos y de conducta. Sin embargo, se resalta de los regímenes españoles la acogida legal de la pervivencia de la ética en la conducta de quienes están al servicio del interés general, por cuanto constituye uno de los pilares de la naturaleza del derecho disciplinario, y que necesariamente lo diferencia del derecho penal. Se ha aceptado, entonces, que el deber del interés general se encuentra orientado por la llamada ética pública.

Los contenidos de la ética pública son muy heterogéneos, pero de entre todos ellos se pueden citar a título de ejemplo, los siguientes: la corrección o incorrección de la conducta de los funcionarios públicos; la problemática de los secretos oficiales y por cuestión del puesto desempeñado; el abuso de poder; el nepotismo; la financiación de los partidos políticos y campañas electorales; etc.

En Europa los primeros estudios de ética pública surgen en la década de los noventa, coincidiendo igualmente con el estallido de diversos escándalos políticos en el sur de Europa, Inglaterra, Bélgica, Alemania.<sup>146</sup>

No obstante, la presencia de una ética pública y la generalidad de las normas contentivas de los deberes como característica especial, la falta disciplinaria se presenta por el incumplimiento o la trasgresión de los mismos, en el ejercicio de las funciones, con fundamento en el principio de legalidad. El régimen español en su artículo 94 no se aparta en esta materia del principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, exigiendo la predeterminación normativa.

También se consagra en el ordenamiento jurídico español, como en Colombia, una concepción tripartita de faltas disciplinarias, clasificándolas en muy graves, graves y leves. Dejando la tipicidad expresa en el Estatuto, al establecer un listado de las faltas muy graves —en Colombia denominadas gravísimas—, el cual es mucho menor al señalado en el derecho disciplinario colombiano.

---

<sup>146</sup> Martínez Morán, N., Junquera de Estéfani, R., Gómez Adanero, M., y Sanz Burgos, R. (2011). Ética y deontologías públicas. Madrid: Ed. Universitas S.A., p. 97.

Las faltas graves se dejan para que sean establecidas por la Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los Convenios Colectivos para el personal laboral, bajo tres criterios señalados en el Estatuto: el grado en que se haya vulnerado la legalidad, la gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la administración o de los ciudadanos, y el descrédito para la imagen de la administración pública<sup>147</sup>. Respecto de las faltas leves, se cede su reglamentación a las leyes de la función pública que se expidan para el desarrollo del mencionado Estatuto.

En punto del objeto que interesa a esta tesis, sobre la flexibilización del derecho disciplinario, una de las diferencias entre España y Colombia se marca en cuanto hace a la tipicidad de las faltas disciplinarias graves y leves, bajo la premisa de la admisión de la flexibilización del derecho disciplinario en Colombia, entre otras, por cuanto, como se enunció anteriormente, en punto de la determinación de esta clase de faltas disciplinarias, se deja al arbitrio del operador disciplinario, funcionarios de la administración, para que, con base en unos criterios generales listados en el Código Disciplinario Único, establezca la gravedad o levedad de la falta; es decir, que determine si la conducta en concreto examinada — conforme a los tipos abiertos— constituye una falta grave o una falta leve, lo cual indica que se flexibiliza el principio de legalidad sobre la predeterminación de las faltas, al no estar previamente fijadas esta clase de faltas, como sí se establece en el régimen español, en donde en una y otra, en concordancia con este principio rector, se instituye que es configuración o reserva de ley.

## **2.2. LA SANCIÓN DISCIPLINARIA**

En este orden de ideas, y en clara coherencia temática, si se plantea dogmáticamente la existencia de conductas que dan lugar a faltas disciplinarias, a las mismas cuando se demuestre la responsabilidad, les debe corresponder sus respectivas

---

147 Estatuto Básico del Empleado Público. Op. cit. Artículo 95. Sobre las faltas disciplinarias.

sanciones, para que la regla sea completa y sistemática. Lo cual tiene su fundamento precisamente en lo que se ha venido desarrollando sobre esta especie del *ius puniendi*, propio de la facultad de control que se desprende de la relación especial de sujeción. Como todo derecho sancionador, es la respuesta a la no adecuación de la conducta a los deberes especiales encomendados a los servidores públicos. Y, al tratarse de una respuesta que significa la aflicción para el disciplinado, tiene específica reserva de ley.

De allí que en apego al principio de legalidad en el régimen disciplinario colombiano único, se contempla en su artículo 44 la clasificación de sanciones, según la calificación de la falta endilgada:

Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas<sup>148</sup>.

El estatuto disciplinario, en concordancia con el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, establece en el artículo 46 la llamada sanción de inhabilidad permanente, cuando la falta afecta el patrimonio económico del Estado.

Es importante, para efectos de esta investigación, comparar los contenidos del régimen común o único de los servidores públicos con los especiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, en donde desde la misma norma se vislumbra una aplicación diferenciada en el principio de proporcionalidad.

---

148 Código Disciplinario Único. Op. cit., Artículo 44.

De cara al Régimen Disciplinario de la Policía Nacional<sup>149</sup>, aprobado mediante la Ley 1015 de febrero 7 de 2006, en su artículo 38 establece las sanciones para el cuerpo armado, incluida su definición o alcance, mientras en el artículo 39 estipula los límites según la clase de sanción, de la siguiente manera:

Artículo 39. Clases de sanciones y sus límites. Para el personal uniformado escalafonado, se aplicarán las siguientes sanciones:

1. Para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima, Destitución e Inhabilidad General por un término entre diez (10) y veinte (20) años.
2. Para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave o graves dolosas, Suspensión e Inhabilidad Especial entre seis (6) y doce (12) meses, sin derecho a remuneración.
3. Para las faltas graves realizadas con culpa gravísima, Suspensión e Inhabilidad Especial entre un (1) mes y ciento setenta y nueve (179) días, sin derecho a remuneración.
4. Para las faltas graves realizadas con culpa grave, o leves dolosas, multa entre diez (10) y ciento ochenta (180) días.
5. Para las faltas leves culposas, Amonestación Escrita<sup>150</sup>.

Como se puede observar, los servidores públicos adscritos a la Policía Nacional se diferencian del régimen disciplinario único, en la clase de sanción que se les aplica cuando la falta es calificada como grave realizada con culpa grave, en donde la sanción es de multa, en tanto que en el estatuto único disciplinario esta sanción se especifica

---

149 Régimen Disciplinario de la Policía Nacional. Aprobado mediante la Ley 1015 del 7 de febrero de 2006. Publicado en el Diario Oficial No. 46.175 de 7 de febrero de 2006. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1015\\_2006.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1015_2006.html) [Última consulta en noviembre 20 de 2016]

150 Régimen Disciplinario de la Policía Nacional, aprobado mediante la Ley 1015 de febrero 7 de 2006. Publicada en el Diario Oficial No. 46.175 de febrero 7 de 2006. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1015\\_2006.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1015_2006.html) [Última consulta en noviembre 20 de 2016]

solamente para las faltas de mínima gravedad, como son las leves dolosas, con lo cual es palmario que en sede de configuración legislativa se adolece de una aplicación rigurosa del principio de proporcionalidad que gobierna cualquier derecho sancionatorio.

Ahora bien, merece revisión especial la legislación colombiana en materia disciplinaria para la fuerza pública, por la clase de sanciones que se establecen por las faltas consagradas para los miembros de las Fuerzas Militares, integradas por el Ejército, Fuerza Aérea y la Armada, según lo señalado en su estatuto<sup>151</sup>, aprobado por la Ley 836 de julio 16 de 2003, en sus artículos 61 y 62:

**Artículo 61.** Definición de las sanciones. Las sanciones disciplinarias son:

1. Separación absoluta de las Fuerzas Militares: Es la cesación definitiva de funciones.
2. Suspensión: Consiste en la cesación temporal de funciones en el ejercicio del cargo sin derecho a remuneración.
3. Reprensión: Es la desaprobación expresa que por escrito hace el superior sobre la conducta o proceder del infractor.
4. Las inhabilidades general y especial en los términos de los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 734.

Cuando se imponga separación absoluta de las Fuerzas Militares, ello implica pérdida del derecho a concurrir a las sedes sociales y sitios de recreación de las Fuerzas Militares”.

---

151 Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares. Aprobado por la Ley 836 del 16 de julio de 2003. Publicada en el Diario Oficial No. 45.251, de 17 de julio de 2003. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0836\\_2003.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0836_2003.html) [Última consulta en noviembre 20 de 2016]

## **Artículo 62.** Clasificación de las sanciones.

1. Separación absoluta. Para oficiales, suboficiales y soldados voluntarios o profesionales cuando incurran en falta gravísima dolosa.
2. Suspensión hasta por noventa (90) días sin derecho a remuneración. Se aplicará a oficiales, suboficiales y soldados voluntarios o profesionales que incurran en falta grave o gravísima. En ningún caso se computará como tiempo de servicio.
3. Reprensión simple, formal o severa. Se aplicará a oficiales, suboficiales y soldados cuando incurran en faltas leves<sup>152</sup>.

Obsérvese de entrada la diferencia en la denominación de algunas de las sanciones para las Fuerzas Militares, mas no en su parte conceptual, verbigracia, en punto de la separación absoluta del cuerpo armado, que es la separación definitiva, la cual equivale a la destitución, agregándole que aquella implica una restricción de tipo social y recreativa, como es la imposibilidad de asistir a las sedes sociales y sitios de recreación de esta fuerza armada. Por otra parte, la definición de la sanción de reprensión tiene su equivalencia en la amonestación. Las demás son idénticas en cuanto a la clase y su definición, mas no en su graduación, en donde también se observa que se conservan sanciones mínimas propias del derecho disciplinario. Así es que la suspensión solamente se contempla por un máximo de 90 días y no de un año como en el régimen común, y de manera proporcional se estipula para faltas graves y gravísimas culposas.

En la determinación que debe hacer el legislador, en el entendido de que a toda falta le corresponde una sanción específica, hay regulaciones propias de un Estado Social de Derecho, que contemplan diques que le ponen límites a la voluntad del legislador, y por consiguiente a la de los operadores posteriores en representación

---

152 Ídem.



de la autoridad, como es que las sanciones en su clase y en su graduación deben corresponder y guiarse por principios jurídicos, como son el de legalidad y el de proporcionalidad. Cuando esto no es el fundamento de un régimen legal sancionatorio, se da paso al caos y a la arbitrariedad, contrario al Estado Social de Derecho. No obstante, no pasa de un deber ser, porque en el desarrollo del derecho disciplinario, en países como Colombia, es el propio legislador, con la aquiescencia del poder judicial, el que no realiza el estudio ponderado de proporcionalidad al fijar las sanciones, como se demostrará en el próximo capítulo, en parte con fundamento en aspectos atribuibles a la misma naturaleza de este derecho sancionador.

Así es que, de la relación de las sanciones transcritas del artículo 44 del Código Disciplinario Único, se verifica cómo en materia sancionatoria en Colombia, se han establecido unas sanciones fijas, verbigracia la destitución, inhabilidad permanente y la amonestación, y otras se han señalado en forma abstracta, dejando a la discrecionalidad del operador disciplinario su graduación, como por ejemplo en materia de la inhabilidad general, inhabilidad especial, suspensión y multa.

Necesariamente se debe recurrir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia, por ejemplo, para observar cómo esta corporación de cierre, de manera constante recurre a la naturaleza del derecho disciplinario para explicar la no sujeción estricta a las reglas propias de todo derecho sancionador, valga reiterar, en una de sus jurisprudencias hito, como es la sentencia C-564 de 2000, en donde se sostiene que:

Así, teniendo en cuenta que la infracción administrativa se fundamenta en la protección de intereses generales, en donde se busca mantener la adecuada gestión de los distintos órganos del Estado, a efectos de lograr el cumplimiento cabal de las funciones que le han sido encomendadas, ha de entenderse que el desconocimiento de las normas expedidas en procura de lograr estos fines, y que más que regular prohibiciones,

señalan requisitos, obligaciones y deberes para el adecuado funcionamiento del sistema, vienen a convertirse en las prescripciones que, en caso de inobservancia, pueden ser objeto de sanción. Sanción que, en acatamiento del principio de legalidad, debe estar expresamente regulada, si se quiere en norma distinta...

[...]

Lo anterior no significa un sacrificio del principio de legalidad, pues es claro que ha de poderse determinar que una norma específica, clara, concreta, exigía el cumplimiento de determinados requisitos, obligaciones o deberes, para que la administración pueda, en uso del derecho sancionador, imponer una pena por su inobservancia. La exigencia de una clasificación detallada de infracciones administrativas en normas tipo, en donde no sólo se haga una descripción exacta de la conducta que será objeto de sanción sino de la sanción misma, modelo típico del precepto penal, devendría en el desconocimiento de la naturaleza misma de la actividad administrativa<sup>153</sup>.

No solamente los principios de legalidad y proporcionalidad deben guiar la estipulación de las sanciones; las corrientes teóricas, tomadas del derecho penal, también hacen referencia a los principios de necesidad y razonabilidad, respecto de los cuales igualmente la Corte Constitucional ha hecho apropiación para el derecho disciplinario, al elaborar la fundamentación de esta clase de sanciones de tipo administrativo, estableciendo que “debe estar previamente consagrada en el texto de una ley expedida por el Congreso de la República”<sup>154</sup>, y debe estar gobernada por los principios de proporcionalidad y razonabilidad<sup>155</sup>. Estos principios se pueden ver

153 Corte Constitucional. Sentencia C- 564 de 17 de mayo de 2000. Op. cit.

154 Corte Constitucional. Sentencia C-1090 de noviembre 19 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-1090-03.htm> [Última consulta en octubre 5 de 2015]

155 Corte Constitucional, Sentencia C-860 de octubre 18 de 2006, M. P.

afectados por el populismo punitivo —léase sancionatorio— para contrarrestar la desbocada corrupción administrativa.

### **3. CULPABILIDAD COMO PRINCIPIO O ELEMENTO DE LA FALTA DISCIPLINARIA**

Antes de desarrollar el concepto jurídicamente, se precisa que el término culpabilidad viene del latín *culpabilis*. Está conformada por dos términos léxicos *culpa* (culpa) y *able* (indica posibilidad), más el sufijo *dad* (indica cualidad)<sup>156</sup>. En el campo de la etimología también interesa señalar que en cuanto a su raíz derivada de la palabra *culpa*, en su origen se remonta al latín arcaico como *colpa*, y luego se adopta como *culpa*. Este término se conoce en otras lenguas como *taute - tort* (francés), *fault* (inglés) o *shuld unrecht* (alemán).

En la definición de culpabilidad se tiene una acepción genérica de dicho término, y que entrega el Diccionario de la Lengua Española en el sentido de culpable de una conducta: “reproche que se hace a quien le es imputable una actuación contraria a derecho, de manera deliberada o por negligencia, a efectos de la exigencia de responsabilidad”<sup>157</sup>; es decir, en primer lugar va dirigido a concebirla como responsable de una conducta antijurídica.

#### **3.1. CONCEPCIÓN DOCTRINAL DE CULPABILIDAD**

Se aborda conceptualmente la culpabilidad como principio y garantía, en donde la culpabilidad es antecedente de la responsabilidad y, por consiguiente, esta a su vez es la consecuencia<sup>158</sup>. Que en

---

Humberto Sierra Porto. Recuperado de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-860-06.htm> [Última consulta en octubre 5 de 2015]

156 Diccionario Etimológico (s.f.). Definición de culpabilidad. Recuperado de <http://etimologias.dechile.net/?culpabilidad>

157 Real Academia Española (s.f.). Definición de culpabilidad. Diccionario de la Lengua Española. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=BeAVLAJ> [Última consulta en noviembre 22 de 2016]

158 Diccionario Jurídico Espasa (s.f.). Definición de culpabilidad. Fundación Tomás Moro (Ed. 1991). Madrid: Espasa Calpe. p. 267.

la terminología penal constituyen las condiciones que llevan a la persona a su determinación del acto reprochable o de la conducta punible, y en materia disciplinaria, se materializaría respecto a la conciencia de la infracción del deber funcional y la no adecuación de su conducta. Lo que constituye, entonces, un elemento esencial para hacer el reproche disciplinario, y de allí que se considere que la imputación disciplinaria, al estar proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, debe ser de culpable de culpabilidad<sup>159</sup>.

Al igual que otros institutos jurídicos, el concepto de culpabilidad ha evolucionado conforme a las escuelas predominantes en el desarrollo del derecho punitivo. La teoría de la culpabilidad que se acuña en las actuales legislaciones no es la misma de siglos atrás, lo que se puede determinar en el siguiente recorrido de su evolución.

No se puede dejar de reiterar que al igual que otros principios, su evolución necesariamente se debe referir a la que se ha fijado en el derecho penal, y que esta nueva ciencia —el derecho disciplinario—, se ha apropiado *mutatis mutandis* —cambiando lo que se deba cambiar—, en lo que le interesa, razón por la cual este desarrollo se ha forjado en corrientes teóricas ancladas en diferentes escuelas penalistas, que han sido retomadas tanto a nivel de los escasos doctrinantes del derecho disciplinario como de la jurisprudencia, particularmente en Colombia.

### **3.1.1. CONCEPTO PRIMITIVO**

No se puede precisar en el estadio primitivo de una forma preestablecida, como respuesta al reproche que se le hacía al miembro de una tribu o clan por un proceder rechazado al interior del mismo, y ello, por simple sustracción de materia, en el entendido de la no existencia del derecho, y por ende del concepto de culpabilidad. En la práctica las consecuencias estaban dadas

---

159 Ramírez Rojas, G. (2008). Imputación subjetiva: Títulos y subtítulos. En Lecciones de Derecho Disciplinario -Obra colectiva-. (Martin Luwdwig, Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Esiquio Manuel Sánchez Herrera.- Coords.). Vol. 11. Bogotá, D.C.: Instituto de Estudios del Ministerio Público, pp. 17-25.

por la venganza colectiva. Su mayor evolución en esta época fue limitar la responsabilidad a la relación de causación del hecho, en donde prácticamente se respondía objetivamente con fundamento exclusivo en el vínculo causal material<sup>160</sup>. También se presentaba una especie de venganza individual, en tanto se permitía responder a la agresión, en todo caso con base en la fuerza.

### **3.1.2. CONCEPTO SUBJETIVO**

Plantea la doctrina penal que este ya figuraba en tiempos antiguos:

[...] 5.000 años antes de nuestra época, en el Bhagavad Gita (el libro más sagrado de los Vedas) y las doctrinas de Zoroastro. El Gita dio especial importancia a la acción consciente y en igual forma el Manava-Dharma Sastra (conocido como Leyes de Manú) distinguió entre delitos intencionales y delitos voluntarios y por descuido, en tanto que las doctrinas del profeta iranio dan prevalencia a la acción que la entendió como pensamiento y actuación externa<sup>161</sup>.

Los penalistas han auscultado en la Biblia rasgos del elemento subjetivo para efectos de imponer sanciones, y se plantea inclusive que en el Nuevo Testamento es de relevancia la intención que se tuvo al cometer un pecado: La Ley de las Doce Tablas (*Lex Duodecim Tabularum*, primer código escrito de los romanos, promulgado en el año 450 a.C.); el Digesto, las Institutas, las Novelas y los Códigos, como compilaciones dadas bajo el emperador Justiniano 1 (482-565)<sup>162</sup>. Se destacan expresiones iniciales que se representan en la Ley del Talión: *Ojo por ojo, diente por diente*.

---

<sup>160</sup> Gómez López, J. (2003). Teoría del Delito. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, p. 837.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 838.

<sup>162</sup> Restrepo Fontalvo, J. (2014). Criminología. Un enfoque humanístico. Bogotá, D.C.: Ed. Temis, 4<sup>a</sup>. ed, p. 41.

### **3.1.3. TEORÍAS PENALISTAS DEL PSICOLOGISMO, EL PSICOLOGISMO NORMATIVO, EL NORMATIVO O FINALISMO Y EL FUNCIONALISMO**

La tendencia teórica psicológica tiene su desarrollo en Europa de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Hace parte de la llamada escuela Clásica. En términos generales, su fundamentación se plantea a partir de una simbiosis, para la cual la concepción del derecho depende de la concepción que se tenga del hombre, y estos son los que la imponen como valedera. Es decir que el derecho será lo que la sociedad quiere que sea<sup>163</sup>.

Los psicólogos plantean que la infracción se compone de dos elementos: uno objetivo, que corresponde al contraste entre la conducta y la norma jurídica, y otro subjetivo, el cual se refiere al sujeto. El tratadista Naranjo, al recoger esta concepción, recuerda que para esta, el nexo entre estos dos elementos, es decir, entre la conducta —hecho— y el autor, es de carácter psíquico, y que allí está la esencia de la culpabilidad. Se reconoce por ello las tres especies de la culpabilidad: el dolo como el querer la realización del hecho, la culpa como el no prever el hecho típico estando en la posibilidad de hacerlo, y la preterintención, dada cuando el resultado excede la intención del autor.

Con las críticas a esta corriente teórica surgen, como Reinhard Frank, los catalogados como psicólogos normativos o escuela neoclásica, conocida también por esquema técnico jurídico de la culpabilidad. Sus postulados se caracterizan porque pregonan que la culpabilidad no se daba por el simple vínculo psicológico sino que hay que otorgarle también un sentido normativo a la culpabilidad. Por lo tanto, plantean que la culpabilidad no nace sino hasta que el Juez formule el reproche, que haga una valoración; es decir, que decidiera que el agente infringió la norma, cuando hubiere podido actuar conforme la ley se lo exigía<sup>164</sup>.

---

163 Naranjo Villegas, A. (2008). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Ed. Temis, p. 13.

164 Ferré Olivé, J., Núñez Paz, M., y Ramírez Barbosa, P. (2010). *Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*. Bogotá, D.C.: Ed. Ibáñez, p. 412.

Las críticas de quienes introducen el elemento normativo dicen que el psicologismo no resuelve, por sí solo, situaciones en que el individuo quiere el resultado, y sin embargo no hay dolo, como es cuando hay una causal de justificación —el estado de necesidad—, o en los que a pesar de que no hay relación psicológica entre el autor y el hecho, sí se presenta la culpabilidad, lo cual se materializa en la llamada culpa sin previsión, en donde el agente no prevé el resultado, y por lo tanto conduce al quiebre de la existencia de una relación entre dicho agente y el hecho. Por lo tanto, no basta el simple nexo psicológico entre el autor y el hecho para que se hable de culpabilidad, sino que es necesario el reproche que se le haga al agente, a quien le es exigible un comportamiento distinto en la ley, lo cual constituye el aspecto normativo ligado entre el autor y su conducta. Además, esta teoría comporta que al único que se le puede hacer el reproche es al imputable.

La otra corriente procesal es la conocida como la finalista o la normativa finalista; empezando por apartar el elemento psicológico, se elabora un concepto del injusto, con fundamento en el carácter final de la acción, la categoría de culpabilidad y el concepto de la participación. Esta escuela plantea que la conducta o la acción naturalísticamente considerada no es simplemente un actuar externo, ya que esto solo constituye una parte de la acción, sino que en toda acción existe un aspecto subjetivo<sup>165</sup>. En otras palabras, conforme lo ha esbozado el profesor alemán Kai Ambos:

[...] el cambio auspiciado por el finalismo tuvo dos vertientes: de una parte, los elementos psicológicos de la culpabilidad (el dolo y elementos subjetivos específicos) fueron “elevados” desde la culpabilidad (en sentido psicológico) a la tipicidad. De otra, la doctrina finalista confirma o refuerza la normativización de la culpabilidad que ya había sido iniciada por la escuela neoclásica<sup>166</sup>.

---

165 *Íbidem*, p. 414.

166 Ambos, k. (2008). Dogmática jurídico penal y concepto universal de hecho punible. En *Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional*. Bogotá, D.C.: Ed. Legis. ISSN 1692-1682. Octubre - Diciembre 2008, pp. 5-42.

Es decir, que la conducta no solamente está integrada por el aspecto objetivo sino también por el subjetivo, en donde toda acción implica la voluntad, y la voluntad siempre comporta la finalidad.

Se destaca la teoría del jurista alemán Hans Welzel, padre del iusnaturalismo, quien en el año de 1930 irrumpe con crítica al sistema causalista, con énfasis en el aspecto subjetivo, en cuanto proviene de un ser humano, dando con ello un vuelco a la teoría finalista de su época, basada inicialmente en el nexo causal. Luego, entonces, para esta escuela teórica, el dolo y la culpa no son especies de la culpabilidad, como lo establecieron los causalistas o neocausalistas, sino que hacen parte de la conducta —tipicidad—. Al ubicar el dolo en la acción, no es una implicación del reproche, como era para los causalistas, para quienes el dolo implicaba no solo querer la realización de la conducta sino la conciencia de su ilicitud y lo ubican en la culpabilidad.

En consecuencia, la culpabilidad está comprendida por los siguientes elementos: la imputabilidad, la conciencia actual o potencial de la ilicitud del comportamiento, y por la exigibilidad de una conducta diferente a la realizada y ajustada a derecho, por lo cual la culpabilidad queda en la esfera de lo normativo.

Para cerrar, recogiendo a Ferrajoli,

[...] la culpabilidad, tal y como ocurre, por otra parte, con la acción y con el resultado lesivo, como un elemento normativo no del autor sino del delito, del que designa, más que una connotación psicológica, una modalidad deóntica y, más aún, alética: el deber de abstenerse de realizarlo en base a la posibilidad material de su omisión o de su comisión<sup>167</sup>.

Las corrientes teóricas contemporáneas tienen su origen en la reconocida escuela de Bonn, que se mueve entre Jacobs y Roxin, siendo el primero de ideas de un funcionalismo más puro, en el entendido de que se caracteriza por darles a las categorías penales, en particular a la

---

<sup>167</sup> Ferrajoli, L. (1995) Derecho y razón. (Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz M., Juan Carlos Bayón M., Juan Terradillos Basoso y Rocío Cantero B. trads.) (1989). Madrid: Ed. Trotta, p.499.



culpabilidad, la connotación de valores con carácter funcionalista bajo una renormativización, en donde los mismos surgen como consecuencia de la propia lógica de autoconservación del sistema<sup>168</sup>.

Mientras el segundo, como funcionalista menos radical, Claus Roxin, de quien el maestro de la Universidad de Castilla - La Mancha, Eduardo Demetrio Crespo, hace una precisa interpretación sobre su pensamiento, llegando a la conclusión de que Roxin plantea una nueva concepción dogmática de la categoría culpabilidad, en tanto que la misma debe completarse a través de la exigencia de una necesidad preventivo-general de la pena<sup>169</sup>. Respecto a esta interpretación del planteamiento de Roxin, huelga examinar directamente sus postulados, en punto de la culpabilidad.

El principio de culpabilidad establece que nadie puede ser ni castigado sin culpabilidad ni sobrepasando su culpabilidad.

(...) la teoría de la pena del Tribunal Constitucional alemán, tal como he pretendido construir a partir de una “visión de conjunto” de sus resoluciones, desarrollándolas incluso algo más, debería concluir que el fin de la pena es “prevención limitada por la culpabilidad”. Una concreción de esta formulación abreviada sería, por tanto, la de que el fin de la pena estriba en una prevención limitada por la culpabilidad, que va desde una conminación preventivo-general, pasando por una pretensión penal orientada preventivo-general y preventivo-especialmente hasta llegar a la realización de la ejecución de la pena que sólo posee una finalidad preventivo-especial.<sup>170</sup>

---

168 Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. (Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez B., trads.). Madrid: Ed. Civitas, p. 25.

169 Crespo, E. (2010). *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. En *Derecho Penal Contemporáneo*. Revista Internacional. Bogotá, D.C.: Ed. Legis. ISSN 1692-1682. Octubre - Diciembre 2008, pp. 87-132.

Roxin, C. (2012). *La Teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*. En *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales*. (Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez, Dirs.). México D.F.: Ed. Tirant lo Blanch, pp. 231- 249.

Es evidente, que el maestro Roxin revoluciona el derecho penal contemporáneo, a partir de la misma jurisprudencia alemana, y uno de sus aportes significativos es en la culpabilidad, al considerar que esta categoría como principio constitucional constituye un límite al poder punitivo del Estado, estructurando así su teoría, a partir de la misma definición de culpabilidad, y cómo la pena tiene un fin preventivo general, pero limitado por aquella.

### **3.2. EN LOS REGÍMENES COLOMBIANO Y ESPAÑOL**

A partir de los antecedentes de la categoría de culpabilidad en el derecho penal, se debe señalar que ello ha nutrido al derecho disciplinario, en lo que es afín con su naturaleza, pero solo a partir de las últimas décadas del siglo pasado, como se va a observar en sus desarrollos, lo cual es determinante en su dogmática, porque, precisamente, en el aspecto subjetivo de la conducta, se presentan coincidencias y notorias diferencias entre estas especies del *ius puniendi*. En este sentido, en punto de los antecedentes, se tiene que en Colombia el primero de tipo legal, hacia la responsabilidad subjetiva en materia del derecho administrativo sancionador, se encuentra en el Decreto 1950 de 1973, por el cual se regula el recurso humano civil de la rama ejecutiva salvo el Ministerio de Defensa, cuando en el artículo 131 se refirió al empleado inculpado. También este Decreto, en los artículos 132, 133 y 134 se refiere a la conducta y a los motivos determinantes, lo cual indica que es una aproximación a los contenidos subjetivos, incluido el concepto de dolo.

Luego en el Decreto 1651 de 1977, por el cual se regula el Recurso Humano del Instituto de los Seguros Sociales - ISS, se utiliza el término “imputabilidad” con clara referencia a que se trata realmente de la culpabilidad, pues en el artículo 57 prescribe que tanto cuantitativa como cualitativamente toda sanción disciplinaria prevista en dicho decreto deberá aplicarse de conformidad con los principios generales del derecho sobre imputabilidad. Igualmente, se observa en los artículos 58 y 59, al referirse a los motivos determinantes y a la ignorancia de la ley. Este Decreto 1651, a instancias del ejecutivo, en ejercicio de facultades reguladoras, es

reconocido como el conjunto normativo, bastión en la apertura a la exigencia del reproche administrativo de carácter subjetivo.

Posteriormente, la Ley 13 de 1984, expedida en materia laboral, en algunos de sus preceptos hace relación a la culpa, como se observa en el artículo 15 numerales 4 y 23; en otros no solamente se refiere a la culpa sino también al dolo, —léase artículo 15 numerales 8, 10 y 34—. En otras normas, sin hacer referencia expresa al término dolo, sí contiene expresiones que identifican la realización de una conducta dolosa, como es la utilización de los vocablos *con el fin* o *la finalidad*, *con la intención* o *el motivo determinante*.

Sin embargo, es la Ley 200 de 1995, primer compendio normativo unificado en Colombia en el área disciplinaria, la que expresamente consagró la imputación subjetiva en el artículo 8o., recogido de la misma manera en el artículo 9o. de la Ley 734 de 2002 o actual Código Disciplinario Único.

En cuanto al ordenamiento jurídico español, retomando la obra sobre *Derecho Administrativo Sancionador* de Rebollo Puig et al., se plantea que

[...] no existe en la Constitución española ninguna referencia expresa al principio de la culpabilidad. Sin embargo, no hay duda alguna de que se trata de un principio básico del Derecho punitivo del Estado que la doctrina del Tribunal Constitucional ha inferido de los principios de legalidad y prohibición del exceso (artículo 25 CE) y de las exigencias inherentes al Estado de Derecho (entre otras, la STC 76/1990, de 26 de abril)<sup>171</sup>.

El maestro Alejandro Nieto comparte los anteriores planteamientos, cuando precisa que las infracciones administrativas se cometían con independencia de las condiciones subjetivas del autor, incluida la culpabilidad, ya que se aceptaba la responsabilidad objetiva, y establece, como sucedió en Colombia, que es solo a

---

171 Rebollo Puig et al. Op. cit., p. 250.

partir de los años ochenta de la centuria pasada, que se presentó un giro en el derecho español y se introdujo el concepto de culpabilidad bajo dos áreas que influyeron en ello: por una parte, una “hipotética” declaración constitucional y una recepción de los principios del derecho penal<sup>172</sup>.

Para el tratadista Ignacio Peman Gavin, citado en la obra *Dogmática del Derecho Disciplinario*, del maestro Gómez Pavajeau, caracterizar la categoría de la culpabilidad en el derecho administrativo sancionador contribuye a marcar su autonomía, entendido en este con una exigencia de mayor diligencia, y lo presenta en sus cinco principales aspectos, definitivos para la construcción de su diferenciación, como son:

**a.** Plantea una mayor intensidad de la culpabilidad, es decir, intensifica la diligencia exigible, anticipando así, las barreras de protección de los bienes jurídicos, hasta el punto que exagera la imputación por negligencia, extendiendo los límites de lo punible casi hasta el caso fortuito y la fuerza mayor, e inclusive en algunos casos excluye el caso fortuito cuando exista posibilidad de perjuicio general.

**b.** La invencibilidad del error también depende de la complejidad de la norma frente al nivel de cultura y de especialización del infractor, y debe ser probado por él mismo.

**c.** Admite la clasificación de error vencible (permite atenuación de responsabilidad) y de error invencible (permite la exclusión total de sanción). Rechaza la clasificación de error de tipo y de prohibición.

**d.** Que el error sobre el contenido antijurídico del comportamiento cumple un papel “modulador de la culpabilidad”, dado su vencibilidad o invencibilidad, ello por no exigirse un conocimiento general de la antijuridicidad del comportamiento.

---

172 Nieto, Derecho administrativo sancionador. Op. cit., p. 348.

e. Que el dolo y la culpa no originan tipos distintos de infracciones, sino “modulaciones sobre una misma clase de infracción”, donde funcionan como circunstancias modificativas de la responsabilidad<sup>173</sup>.

Por otra parte, no existe discusión en la jurisprudencia acerca de que el principio de culpabilidad es de la estructura básica del derecho penal, pero igualmente rige para las infracciones administrativas, en donde también está proscrito el sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa; así se ha planteado en diferentes decisiones tanto del Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo de España. Verbigracia las sentencias STC 150/1991, del 4 de julio<sup>174</sup>; STC 246/1991<sup>175</sup>; STS de febrero 22 de 1992<sup>176</sup>; STS del 9 de julio

---

173 Gómez Pavajeau, Dogmática del derecho disciplinario. Op. cit., pp. 122-123.

174 Tribunal Constitucional. Sentencia STC 150/1992, de 4 de julio: “En efecto, la C.E. consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/1789> [Última consulta en noviembre 24 de 2016]

175 Tribunal Constitucional. Sentencia STC 246/1991, de 19 de diciembre: “Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990)”. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/1885>

176 Tribunal Supremo Español. Sentencia STS 1419/1992, de 22 de febrero: “en todo acto sancionador se requiere, para ser conforme a Derecho, que en la conducta del sujeto pasivo se den los elementos esenciales para que sea sancionable, siendo uno de estos elementos, en aplicación de la teoría del delito, la culpabilidad dolosa o culposa desplegada por el sujeto que sea contraria a la norma antijurídica”. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=3041718&links=&optimize=20031030&publicinterface=true>

de 1994<sup>177</sup>; STS de 12 de enero de 1996<sup>178</sup>; STS de 12 de mayo de 1998<sup>179</sup>; STS de 23 de enero de 1998<sup>180</sup>; STS de junio 18 de 2001<sup>181</sup>; STS de septiembre 25 de 2006<sup>182</sup>, entre muchas.

En materia legal, en España, la derogada Ley 30 de 1992, de noviembre 26, marcó la puesta hacia un derecho administrativo sancionador bajo la égida de la imputación subjetiva, dentro del capítulo referido a los principios de la potestad sancionadora, cuando en punto a la responsabilidad por la infracción administrativa, en el numeral 1 del artículo 130, concibió que se podría ser responsable inclusive a título de simple inobservancia.

Se recuerda que la referida Ley 30 de 1992 fue derogada y sustituida, con la promulgación en dos compendios normativos para regular las administraciones públicas: la Ley 39 de 2015, de 1 de octubre, que contempla el Procedimiento Administrativo Común

---

177 Tribunal Supremo Español. Sentencia STS 11096/1994, de julio 9: “en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta sea antijurídica y típica, sino que también es necesario que sea culpable, esto es, consecuencia de una acción u omisión imputables a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable...”.

178 Tribunal Supremo Español. Sentencia STS de enero 12 de 1996: «Una decidida línea jurisprudencial viene rechazando en el ámbito sancionador de la Administración la responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o culpa, al señalar que aun sin reconocimiento explícito de la CE, el principio de culpabilidad...”. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1055613&links=&optimize=20060105&publicinterface=true>

179 STS 3020/1998 de 12 de mayo de 1998. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3166025&links=&optimize=20030906&publicinterface=true>

180 STS 314/1998, de enero 23. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3153868&links=&optimize=20030912&publicinterface=true>

181 STS 5197/2001 de junio 18. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3091756&links=&optimize=20031018&publicinterface=true>

182 STS 5522/2006 de septiembre 25. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=703469&links=&optimize=20061011&publicinterface=true>  
[Sentencias consultadas en noviembre 24 de 2016]

de las Administraciones Públicas, y la Ley 40 de 2015, de 1 de octubre, que reglamenta el Régimen Jurídico del Sector Público.

Ambas leyes fueron publicadas el 2 de octubre de 2015 en el Boletín Oficial del Estado. La Ley 39 de 2015 estableció en la “Disposición Final Séptima” que entraba en vigor un año después de su publicación en el mencionado Boletín Oficial del Estado, es decir, que el 2 de octubre de 2016 cobró vigencia, salvo lo establecido en materia de registros electrónicos que la norma dispuso que sería de dos años. Por su parte, la Ley 40 de 2015, en la “Disposición Final Decimoctava”, también dispuso que cobraría vigencia al año posterior a su publicación, lo que es igualmente al 2 de octubre de 2016, con algunas salvedades.

Si se examina, puntualmente, la Ley 40 de 2015, en cuanto a las modificaciones que introdujo en esta materia dentro del nuevo régimen jurídico aplicable a las relaciones de especial sujeción de carácter oficial, se observa una evolución clara, en la norma que se ubica en el Título Preliminar “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, Capítulo III “Principios de la potestad sancionadora”, y bajo la nomenclatura del artículo 28 denominado de la “Responsabilidad”, cuando en su numeral 1º, establece de manera clara, que:

1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa<sup>183</sup>.

La legislación española, en la línea que traía la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recoge la concepción amplia del derecho penal, de la admisión del principio de culpabilidad, en tratándose

---

183 Ley 40/2015, de 1 de octubre. Régimen Jurídico del Sector Público. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado - BOE No. 236 de 02/10/15. España. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566&p=20151002&tn=2>. [Última consulta en noviembre 23 de 2016]

de la responsabilidad de las infracciones administrativas, aceptando que son sancionables a título de dolo o culpa, lo que representa el dejar de lado, de manera radical, cualquier tipo de responsabilidad objetiva.

La nueva normativa constituye la implementación legal del principio de responsabilidad subjetiva, para la infracción administrativa, con su aplicación plena, en la medida que se reconoce que junto con la imputabilidad, la culpabilidad constituye piedra angular de cualquier sistema sancionador, con la exigencia de la reprobación por la comisión de actos personales dolosos y culposos propios del sancionado<sup>184</sup>.

### **3.3. RAZÓN DE SER DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA**

Desde una perspectiva sistemática del derecho disciplinario que se levanta sobre la base de la ética, la cual tiene sus raíces en el marco de principios de raigambre constitucional, es fundamental el reconocimiento de la dignidad de la persona, tal como fue insertado en el numeral 1 del artículo 10 de la Constitución española de 1978, y en Colombia, desde la constituyente de 1991, cimentando así, a la dignidad humana, como un principio fundante del Estado Social de Derecho, conforme a los artículos 1o. y 2o. de la Constitución Política, con marcada influencia de las constituciones contemporáneas.

En términos de la Carta Superior española se establece en el citado artículo 10.1, que:

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

---

184 Nuño Jiménez, I. (2015). Derecho administrativo sancionador. En Principios de la Potestad Sancionadora. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla - La Mancha –Gabilex-. ISSN-e: 2386-8104. No. 5. Marzo de 2016, p. 13 Recuperado de [http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160418/derecho\\_administrativo\\_sancionador\\_irene\\_nuno.pdf](http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160418/derecho_administrativo_sancionador_irene_nuno.pdf) [Última consulta en noviembre 23 de 2016]



Para algunos tratadistas el mencionado artículo 10 constitucional responde no solamente al sentimiento general de la posguerra, con claro distanciamiento de las teorías de Kelsen y Laband, sino que,

[...] también había otras concausas y matices históricos importantes, principalmente la necesidad de reconsideración del pasado y regeneración de la sociedad española (154- *Sobre ello, Hernández Gil, A., en El cambio político español..., cit., págs. 122 y 123-*). También se puede citar aquí un efecto de reacción frente a la situación del régimen político anterior (155- *Véase, por ejemplo, De Esteban, J., y González-Trevijano, P. J., curso de derecho Constitucional español, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992, pág. 269.*). Estos datos constituyen particularidades que tuvieron que influir de algún modo en la forma de recepción del concepto. Se puede hablar así de un intento de vincular el reconocimiento de la dignidad humana como premisa y precondition necesaria para la reconciliación<sup>185</sup>.

Para otros autores, más que a precedentes históricos, se debe a la influencia de determinadas constituciones vecinas, como son el artículo 2 de la Constitución italiana, el artículo 25 en la Constitución alemana y el artículo 16.2 de la Carta Magna portuguesa<sup>186</sup>. En todo caso se rescata que el principio de la dignidad humana se halla de forma clara y precisa en la Constitución Española.

Partiendo de dichos fundamentos constitucionalistas del principio de la dignidad humana, tanto en España como en Colombia, se debe señalar que cobra especial fuerza en el derecho disciplinario, en la medida que este tiene por objeto regular la conducta del servidor

---

185 Oehling de los Reyes, A. (2011). El Concepto Constitucional de Dignidad de la Persona: Forma de Comprensión y Modelos Predominantes de Recepción en la Europa Continental. En *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN: 0211-5743, núm. 91, enero-abril (2011), pp. 135-178. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3622297.pdf> [Última consulta en diciembre 1 de 2016]

186 Rolla, G. (2003). El Principio de la Dignidad Humana. Del artículo 10 de la Constitución Española al Nuevo Constitucionalismo Iberoamericano. En *Revista Persona y Derecho*. Universidad de Navarra. ISSN 0211-4526. Vol. 49. pp. 227-261. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10171/14387> [Última consulta en diciembre 1 de 2016]

público, y en consecuencia se encuentran inescindiblemente unidos la dignidad humana con la culpabilidad. La culpabilidad sin lugar a dudas es personal, y por lo tanto intransferible. Su naturaleza y exigencia emana de hacer parte integral del derecho fundamental, a la presunción de inocencia.

Es que el principio de respeto a la dignidad humana se halla estrechamente ligado con el de culpabilidad, en la medida que este derecho obliga a que se considere la parte subjetiva propia del hombre al momento de responsabilizarlo por su conducta. Si no fuese así, se reitera, no tendría razón de ser el que en materia penal como disciplinaria esté proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, constituyéndose así en un límite a las potestades inherentes al *ius puniendi*.

Lo anterior ha sido corroborado por una marcada línea jurisprudencial, que se avizoraba desde la época en que estuvo vigente la Constitución de Colombia de 1886, cuando la Corte Suprema de Justicia tenía bajo su estructura la Sala Constitucional, y posteriormente, cuando entró a regir la Constitución Política de 1991, las decisiones judiciales afianzaron su fundamentación jurídica en este principio de la culpabilidad.

En Colombia, la jurisprudencia, se insiste, ha contribuido de manera determinante en la construcción, independencia y fortalecimiento de una dogmática propia para esta área en desarrollo del derecho sancionador, recogiendo las diferentes teorías connaturales a sus fines, en particular en punto de la culpabilidad, como elemento constitutivo de la falta disciplinaria; así se demuestra por ejemplo respecto de aquella Corte Suprema de Justicia anterior a la Constitución Política de 1991, con las sentencias No. 5 de febrero 10 de 1983 y la No. 17 de marzo 7 de 1985, en las cuales se establece de manera inequívoca que la conducta punible debe ser típica, antijurídica y culpable.

Confrontando la última de estas sentencias, por la cual se pronunciaba la Corte sobre la exequibilidad de unas normas de

contenido analógico en el Decreto No. 1835 de julio 31 de 1979, contentivo del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, se puede corroborar cómo para aquella época el debate se centraba, en parte, en la presencia o no del elemento subjetivo en la conducta disciplinaria, cuando literalmente se sostenía que:

Así las cosas, aunque no se ha decantado aún del todo un acuerdo unánime de intérpretes y aplicadores de ley, respecto de la doctrina predominante que se derive del orden jurídico legal, sobre el alcance de las diferenciaciones y aproximaciones entre derecho penal delictivo y derecho disciplinario, pues unos sostienen <sic>, como la Procuraduría, que sólo el proceso penal supone responsabilidad subjetiva pero no el disciplinario, otros que tanto el proceso penal como el disciplinario exigen responsabilidad subjetiva aunque de grado menor en éste, y aun otros consideran dentro de esta última postura que no todos los procesos disciplinarios y contravencionales son punibles<sup>187</sup>.

En dicha sentencia se retoma lo señalado por esa misma Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia No. 5 del 10 de febrero de esa calenda, en punto del principio de demostrabilidad, como este comprende la categoría de culpabilidad, al señalar de manera expresa que:

[...] O sea que, en rigor... la determinación de una conducta típica, antijurídica y culpable, se halla fusionada dentro del principio que, no obstante la penuria del lenguaje, podría denominarse de “demostrabilidad”, el cual presupone no sólo la claridad normativa de la descripción de una conducta sino la comprobación de ésta<sup>188</sup>.

---

187 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 17 de marzo 7 de 1985. M. P. Manuel Gaona Cruz. Recuperado de <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?ruta=CorteSuprema/30014687>

188 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 5 de febrero 10 de 1983. M. P. Manuel Gaona Cruz. Recuperado de <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?ruta=CorteSuprema/30013374> [Sentencias consultadas en diciembre 1 de 2016]

De allí que en estas líneas se reconozca, de manera reiterada, la contribución de la jurisprudencia en este proceso de construcción de la dogmática del derecho disciplinario. Proceso que continúa, cuando la función jurisdiccional de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución se depositó en la corporación de creación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, como es la Corte Constitucional<sup>189</sup>, la cual, desde sus inicios, ha continuado con este fortalecimiento y, en particular, respecto a la conceptualización de la culpabilidad, así se observa en la sentencia C-417 de octubre 4 de 1993, donde se precisa que se es responsable siempre y cuando se establezca la culpabilidad del sujeto. En la sentencia C-244 de mayo 30 de 1996, la mencionada Corporación señaló que al valorar la prueba se debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. También es importante enunciar la sentencia 6 de noviembre de 1996, al precisar que conforme al principio de la dignidad humana (artículo 1 C. P.) y el de culpabilidad (artículo 29 C. P.), está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Continuando con la jurisprudencia colombiana, también valga traer la sentencia C-310 de junio 25 de 1997, la cual estableció que “la culpabilidad es la misma responsabilidad plena, la cual comporta un juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa

---

189 Corte Constitucional:

Sentencia C-417 de octubre 4 de 1993. M. P. José Gregorio Hernández. Op. cit.  
Sentencia C-244 de mayo 30 de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-244-96.htm>  
Sentencia C-597 de noviembre 6 de 1996. Magistrado ponente Alejandro Martínez C. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-597-96.htm>  
Sentencia C-310 de junio 25 de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Op. cit.  
Sentencia C-708 de 22 de septiembre de 1999. Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-708-99.htm>  
Sentencia C-728 de junio 21 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-728-00.htm> [Última consulta en diciembre 2 de 2016]

al servidor estatal la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen”. Y, en las sentencias C-708 del 22 de septiembre de 1999 y C-728 de junio 21 de 2000, se reitera que tanto en materia penal como en la disciplinaria se excluye la responsabilidad objetiva, y hace parte de la conducta el elemento subjetivo.

Esta enunciación permite descender teóricamente a que el dolo y la culpa se predicen de la conducta típica, mientras conciencia, voluntad y previsibilidad son los presupuestos de la ocurrencia de dicha conducta, dando lugar, entonces, a la culpabilidad en el juicio de reproche, retomado en parte del derecho penal, como se estableció en el apartado de la evolución de este, por la posibilidad de la imputabilidad y la de exigir otro comportamiento.

### **3.4. DIFERENCIAS CON EL DERECHO PENAL**

Se examinó que en el derecho penal la culpabilidad es igualmente un elemento de valoración para el reproche del ilícito, conforme a los desarrollos teóricos en cuanto al aspecto subjetivo, y de los cuales se destaca en la estructuración del delito la teoría iusnaturalista fortalecida por H. Welzel, al desprenderse del nexo causal. Dicha corriente dogmática propia del derecho penal ha influido en el ordenamiento jurídico sancionatorio colombiano. El profesor colombiano Fernando Velásquez, en sus estudios de la obra de Welzel, ha planteado que:

[...] el punto de partida de esta transformación dogmática finca en la estructura fundamental de la acción (y con ella el concepto personal del injusto) y los principios de culpabilidad que conforman los dos puntos sólidos que, desde “fuera” —es decir, a partir de la constitución fundamental del hombre como un ser activo y obligado a un sentido de la vida que se manifieste en sus acciones—, se extiende al Derecho penal y entre los cuales se mueve la verdad histórica de las regulaciones jurídico penales<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> Velásquez Velásquez, F. (2008). Hans Welzel: Una aproximación a su vida y a su obra. En *Revista sobre Derecho Penal*. Fribourg: ed. Université de Fribourg, p. 9.

Los problemas esbozados en su momento en contra de esta teoría, por su inaplicabilidad a los delitos culposos y a los delitos omisivos, en el entendido de que no es posible su regulación por las leyes naturales, fueron superados por uno de sus principales discípulos, Gunther Jakobs, al cimentar el análisis de la teoría welzeliana en las relaciones del hombre en sociedad. Se plantea que al derecho penal como mecanismo de control social le interesa no una colección de bienes jurídicos, sino las relaciones interpersonales del hombre en sociedad<sup>191</sup>.

Así, el ordenamiento penal colombiano ha recogido las corrientes que exigen para la responsabilidad por una conducta punible la demostración del elemento subjetivo, como lo recoge el artículo 12 del Código Penal: “Sólo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

En esta materia el derecho disciplinario, para que se pueda realizar el reproche por la falta disciplinaria, exige igualmente la presencia del elemento subjetivo, sin embargo en este instituto jurídico toma clara distancia del derecho penal, tanto en su integración normativa como en su esencia, lo cual no se daba antes de entrar a regir la Ley 200 de 1995, pues se recurría al derecho penal para hacer prevalecer el cumplimiento de la imputación subjetiva. Pero si ello cambió con la referida Ley 200, se ha acentuado más en la actualidad con la Ley 734 de 2002.

Lo anterior significa que en tratándose del derecho disciplinario existe una dogmática propia, que tiene sus principios y sus reglas, cimentada en su naturaleza, lo que, se comparte, representa la autonomía e independencia de esta rama del derecho sancionatorio.

En síntesis, en Colombia no admite discusión que cuando se trata de hacer en la configuración de la falta disciplinaria el análisis de la imputación subjetiva no es admisible recurrir a ningún otro

---

191 Reyes Alvarado, Y. (1996). Imputación subjetiva. Bogotá: Ed. Temis, 2a. ed, p. 61.

ordenamiento, como el penal o el civil. Es más, el artículo 21 del Código Disciplinario Único establece que no se permite la integración normativa o aplicación de otras normas cuando son contrarias a la naturaleza del derecho disciplinario.

La jurisprudencia colombiana, en relación con las disimilitudes entre el derecho penal y el derecho disciplinario, ha establecido que las bases para ello radican en la

[...] diferenciación de finalidad, bienes protegidos e interés jurídico, es la conclusión según la cual en cada uno de los procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcances propios. En el proceso disciplinario se juzga el comportamiento de los servidores públicos frente a normas administrativas de carácter ético, destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública. En cambio en el proceso penal las normas buscan, entre otras cosas, preservar bienes sociales más amplios<sup>192</sup>.

Desde la perspectiva de las formas en que se presenta el elemento subjetivo, o sea conductas dolosas o culposas, basta examinar cómo se configura el dolo para el derecho penal, en el cual la intencionalidad está presente. Entendido el dolo como el querer de un resultado; es decir, describe un hecho psíquico sin ninguna valoración ética<sup>193</sup>.

Se puede afirmar que al derecho disciplinario, a diferencia del derecho penal, no le interesa el resultado como elemento constitutivo del dolo. Pero las diferencias van más allá; así lo ha reseñado el maestro Carlos Arturo Gómez Pavajeau, al definir como elementos estructurales y diferenciales de la culpabilidad los siguientes:

---

192 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1102 de octubre 28 de 2005. Op. cit.

193 Von Weber, H. (1948). Lineamientos del Derecho Penal Alemán. (Leonardo G. Brond, trad.). 2008. Buenos Aires: Ed. AR S.A., p. 65.

**a.** Capacidad de culpabilidad (imputabilidad): que se refiere a que la acción disciplinaria va dirigida al servidor público o particular en ejercicio de funciones, quienes en tales calidades se tienen como sujetos con capacidad intelectual para asumir situaciones, y por lo tanto también son susceptibles de imputabilidad.

**b.** Características especiales del dolo y la culpa: siempre debe haber una imputación con dolo o con culpa, conforme al artículo 13 del Código Disciplinario Único. Pero ese análisis para calificar una conducta como dolosa o culposa se debe hacer con base en lineamientos específicos del derecho disciplinario, que descansan en el conocimiento y en la cognoscibilidad.

**c.** Conciencia de la antijuridicidad: en el derecho disciplinario la tipicidad y antijuridicidad están unidas, lo que se define como la conciencia de la ilicitud sustancial.

**d.** Exigibilidad de otra conducta: cuando se da la imputación es porque al disciplinable le era exigible otra conducta y no obró conforme a ello, es decir, no adecuó su conducta teniendo la conciencia o el conocimiento para hacerlo<sup>194</sup>.

### **3.5. TÍTULOS DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA**

En el derecho disciplinario la imputación subjetiva se contempla a título de dolo o de culpa, y es aquí, en estas modalidades de la culpabilidad tomadas del derecho penal, que adquiere claras distancias, es decir, son recogidas *mutatis mutandis*, en razón del bien protegido como es el deber funcional. En esta área del *ius puniendi* la imputación subjetiva al momento de calificar la falta disciplinaria puede ser tanto a título de dolo como de culpa, lo que se conoce como la definición de la acción a través del sistema de *numerus apertus*.

Esta clase de imputación, que ya se había concebido con la Ley 200 de 1995, en su artículo 14, fue considerada por la Corte Constitucional en la sentencia C-155 de marzo 5 de 2002, con magistrada ponente

---

194 Gómez Pavajeau, Dogmática del derecho disciplinario. Op. cit., p. 358.



Clara Inés Vargas, como ajustada a la Carta Política ante demanda presentada por el señor Carlos Mario Isaza, quien planteó que el permitirle al operador disciplinario fijar cuándo la conducta es cometida a título de culpa, violaba el principio de legalidad en cabeza del legislativo. Pretensión que evidentemente no prosperó por la misma naturaleza del derecho disciplinario.

La citada jurisprudencia de la Corte Constitucional así lo predica cuando señala que:

[...] las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa, se exige la determinación de la finalidad dolosa o culposa de la acción en que incurre el servidor público, es decir, la definición es en esencia de *numerus apertus*. En este orden de ideas, se predica del concepto *numerus apertus* como la forma para determinar si a la conducta en que incurre el servidor público le corresponde una calificación a título de dolo o de culpa<sup>195</sup>.

Lo anterior implica que le corresponde al operador disciplinario la tarea de calificar la modalidad de la conducta, ya sea a título de dolo o de culpa, lo cual hace parte de esa amplia facultad de adecuación que el legislador deja en manos de este, inclusive, por tratarse de tipos abiertos se le permite adecuar la falta disciplinaria conforme a los criterios de gravedad o levedad, es decir, como se ha enunciado previamente, si se trata de una falta disciplinaria grave o una falta leve. Por consiguiente, fijar si el comportamiento se realiza a título de dolo o de culpa depende de las mismas circunstancias de la conducta.

El sistema de *numerus apertus* identifica al Derecho Disciplinario como sistema para la calificación dolosa o culposa de la conducta al arbitrio del operador jurídico disciplinario, limitado por la misma naturaleza de la conducta<sup>196</sup>. Y en este punto se identifica uno de los

---

195 Corte Constitucional. Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-155-02.htm> [Última consulta en octubre 5 de 2015]

196 Corte Constitucional. Sentencia C-181 de marzo 12 de 2002. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-181-02.htm> [Última consulta en octubre 5 de 2015]

aspectos que aleja al derecho disciplinario del penal, en la inteligencia que la falta disciplinaria admite las dos modalidades, calificadas con dolo o culpa, siempre y cuando de su expresión literal no permita el título de la culpa, es decir, que “las descripciones típicas admiten en principio ambas modalidades de culpabilidad, salvo en los casos en que no sea posible estructurar la modalidad culposa”<sup>197</sup>.

Aspecto coyuntural, se insiste, que diferencia al derecho disciplinario del penal, en donde, *a contrario sensu*, este último admite la modalidad de la conducta punible culposa, solamente cuando así se establezca expresamente en el tipo penal.

### **3.5.1. DOLO**

Una de esas diferencias, desde la escala de la dogmática, es que así como en el derecho penal, en materia disciplinaria no tiene asidero la escuela clásica que soporta el dolo en la “voluntad”, ni la evolución teórica hacia el psicologismo o hacia el finalismo, con presencia siempre de la voluntad, que lleva consigo el querer un resultado, el cual en el campo disciplinario pasa a un segundo plano.

En el derecho penal se reafirman las tendencias modernas, que se fundamentan en criterios normativos, en donde la persona tiene un conocimiento situacional de lo que es incorrecto, y a pesar de ello actúa, dando lugar a que se le califique la conducta como dolosa. El profesor Helmuth von Weber, en su citada obra *Lineamientos del Derecho Penal Alemán* reafirma esta teoría a partir de entender que en el concepto del querer hay una doble consideración: por una parte, el autor debe imaginarse o representarse que su conducta será causal de un resultado y, por la otra, debe aprobar el resultado independientemente de que se dé o no, pues lo que le interesa es el fin deseado y por esto emprende la acción<sup>198</sup>.

Para el derecho disciplinario, la ilicitud gira en torno a la conducta y no en el resultado, en el entendido de que el ilícito disciplinario

---

197 Corte Constitucional. Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002. Op. cit.

198 Von Weber. Op. cit., p. 66.

se presenta por infringir un deber, por lo tanto este se construye bajo la teoría de la norma subjetiva de determinación, en donde la esencia es el desvalor de acción, que no es más que el considerar que la ilicitud sustancial solo requiere que la persona conozca o tenga conciencia de su capacidad individual de acción y no actúe conforme al mandato o deber.

En España, en la construcción del derecho administrativo sancionador, se ha variado la concepción doctrinal, en cuanto a los elementos que se consideran constitutivos de una conducta dolosa, pasando del concepto inicial de voluntariedad al de intención. La jurisprudencia del Tribunal Supremo exigía en un inicio la voluntariedad, como determinante de esta clase de conductas, lo que ha cambiado, hacia un concepto de mayor elaboración subjetiva, como es la intención. Idea que recoge el maestro Alejandro Nieto, quien precisa que:

[...] la “intención” en el Derecho Administrativo Sancionador equivale, pues, al dolo penal puesto que presupone el conocimiento de la antijuridicidad de la acción y, además, la voluntad de realizarla. En cambio esta voluntad integrante del dolo (intención) no debe confundirse con la *voluntariedad* que durante un tiempo exigía el Tribunal Supremo para la comisión de infracciones administrativas y que era un concepto más lato: simplemente voluntad de producir el hecho independientemente del conocimiento de su antijuridicidad<sup>199</sup>.

En conclusión, cuando se hace el análisis del dolo en el derecho disciplinario hay que tener presente que basta que la persona haya tenido conocimiento del deber que le ataño, y que sustancialmente se ha infringido; es decir, de la ilicitud sustancial o antijuridicidad, lo que en consecuencia determina el ser consciente de que le correspondía actuar conforme al deber, y no actualizó su conducta. Para el derecho disciplinario se tiene que el conocer involucra de plano el querer. Se parte de la premisa de que el servidor público

---

199 Nieto, Derecho administrativo sancionador. Op. cit., p. 341.

conoce sus deberes, pues cuando se posesiona jura cumplir con ellos, así es que si actúa contrario a dichos deberes, conociéndolos, teniendo la oportunidad de adecuar su conducta y no lo hace, es indicativo que lleva implícito el querer realizar la conducta contraria a derecho, dando lugar a su calificación dolosa.

### **3.5.2. Culpa**

Esta se presenta cuando el sujeto disciplinable incurre en el ilícito disciplinario sin el conocimiento actual del deber infringido; es decir, cuando lo desconoció estando en situación de conocerlos. Por consiguiente, en el análisis de la culpa basta la situación de cognoscibilidad del deber que se infringe.

El ordenamiento único de carácter disciplinario en Colombia establece como uno de los deberes de los servidores públicos el realizar las funciones con diligencia, así se establece de manera expresa en el numeral 2o. del artículo 34 del CDU. Esta exigencia legal ha sido ratificada por la Corte Constitucional al declarar frente a la demanda de inconstitucionalidad de esta norma, la exequibilidad, entre otras, de las expresiones obrar con “*diligencia, eficiencia e imparcialidad*”:

Así, es de reiterar que el numeral 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y sus términos “*diligencia, eficiencia e imparcialidad*” no hacen otra cosa que reproducir lo previsto en el artículo 209 Superior sobre el cumplimiento de la función administrativa. Estas expresiones deben ser valoradas e interpretadas de conformidad con la técnica de remisión normativa o de interpretación sistemática con las normas que contengan la regla concreta en la Carta Política, en la ley o en el reglamento, que el servidor público está obligado a cumplir en el ejercicio de sus funciones o tareas<sup>200</sup>.

---

200 Corte Constitucional. Sentencia C-030 de febrero 1 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-030-12.htm> [Última consulta en octubre 5 de 2015]

Siendo deber de quien está bajo la relación especial de sujeción con el Estado obrar con diligencia, por ser un servidor público, resulta contrario al deber el actuar u omitirlo por falta de diligencia, lo cual de entrada nos introduce en la esfera de la culpa, la cual admite diversos grados en el campo del derecho disciplinario, al igual que en otras áreas del derecho, y es ello, precisamente, uno de los aspectos que concurren para la distancia, que se ha predicado, ha tomado el derecho disciplinario de su mayor fuente en punto del *ius puniendi*, como es el penal.

En este orden de ideas, se precisa que la culpa en el derecho disciplinario se diferencia de la misma en el derecho penal porque al servidor público se le exige un mayor cuidado, pues se trata de un individuo que representa un interés colectivo, y que posiblemente administra bienes que no son de su propiedad, realiza una función pública o presta un servicio público, por lo cual debe asumir con responsabilidad el cumplimiento de sus deberes, respecto de los cuales no se admite exculpación por no ser conocedor de ellos o no estar en capacidad de asumirlos, pues en caso de presentarse esta situación empezará a recorrer los caminos de la culpa por asunción.

Por otra parte, también se diferencia el derecho disciplinario del derecho penal en que en este último se maneja para la culpa el sistema de *numerus clausus*, que significa imputación cerrada; es decir, que será la ley la que indique caso por caso cuando una conducta es imputable a título de culpa. Por el contrario, en el derecho disciplinario se maneja el sistema de *numerus apertus*, en donde en principio toda falta dolosa tiene su par culposa. Esto significa que nos encontramos frente a una imputación genérica.

El legislador colombiano, por su parte, estableció la imputación genérica de la culpa en los siguientes preceptos de la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único: artículos 43 No. 9; 44 numerales 1, 2, 3 y 5; 50 inciso 3o.; 55 parágrafo 1; y 61 parágrafo único.

Es importante en el desarrollo jurídico colombiano traer un precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, que precisa una de las características básicas para diferenciar al derecho disciplinario del penal, en punto de la naturaleza del primero enunciado, la cual recoge dogmáticamente este elemento importante para determinar la conducta disciplinaria, en punto de su misma naturaleza, al señalar, que:

[...] como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado “*numerus apertus*”, en virtud del cual no se señalan específicamente cuáles comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa —como sí lo hace la ley penal—, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición<sup>201</sup>.

Esta posición no ha variado, y ha sido invaluable en la construcción de la dogmática del derecho disciplinario, como se ha verificado en varias de las referidas jurisprudencias de dicha corporación, al considerar como válido el sistema de incriminación abierto, lo que, en consecuencia, autoriza a la autoridad administrativa a sancionar a título de culpa, pero también a título de dolo, así no lo señale la norma de

---

201 Corte Constitucional. Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002. Op. cit.

manera expresa. Sin embargo, se insiste en que el funcionario fallador está obligado a observar la naturaleza de la conducta para verificar si el tipo disciplinario admite la culpa. En todo caso, se debe entender que está en el examen a la conducta del disciplinado la posibilidad de calificar la misma como culposa o dolosa, salvo aquellas faltas disciplinarias en las que el tipo en su estructura solo admite el ser cometidas a título de dolo.

Así es que, la regla de imputación genérica tiene su excepción cuando la norma trae explícitamente algún concepto estructural del dolo, por ejemplo al utilizar los términos de “a sabiendas”, “con el fin”, “con el propósito”, “mala fe”, “con la intención”, etc. Normas que, de hecho, excluyen cualquier posibilidad de admitir una falta a título de culpa. Pero, de la misma manera, cuando la norma emplea los términos de “descuido”, “negligencia”, etc. no hay posibilidad alguna de realizar una imputación dolosa.

Se encuentra en el ordenamiento jurídico disciplinario colombiano una subcalificación de la conducta culposa, lo cual se conoce como los subtítulos de la culpa, que no es más que las diferentes formas en que se presenta este elemento subjetivo. Constituyéndose en un imperativo de determinación en la imputación que realice el operador disciplinario.

Los subtítulos para calificar la culpa en la infracción disciplinaria están contemplados en el artículo 44 del Estatuto Disciplinario, dependiendo de la clase de descuido o negligencia, como son culpa gravísima, culpa grave y culpa leve.

### **3.5.2.1. Culpa gravísima**

Se presenta en la realización de una conducta culposa como el máximo reproche a la negligencia del servidor público, contemplando su representación en tres formas, conforme lo establece el parágrafo del citado artículo 44 ídem, el cual consagra expresamente que habrá culpa gravísima por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

Se entiende que se presenta ignorancia supina cuando la conducta es constitutiva de negligencia en aprender lo que obligatoriamente debe saberse. En otros términos, es una persona al servicio del Estado que infringe el deber por falta de ilustración, debido a su negligencia en capacitarse, o en actualizarse, teniendo en cuenta las propias condiciones o circunstancias del disciplinado en el contexto de exigencias perentorias en lo que la función le depara y hace obligatorio saber<sup>202</sup>.

El fundamento normativo para la imputación de la culpa gravísima por ignorancia supina está en el mismo Código Disciplinario Único en el citado numeral 2o. del artículo 34 referido a su deber de actuar con diligencia, en concordancia con el numeral 4o. ídem, que contempla el deber de capacitarse y/o actualizarse.

Por su parte, la desatención elemental se concibe como la omisión de las precauciones o cautela básica o el olvido de las medidas de previsión más elementales que deben ser observadas por el servidor público; es decir, se configura en la simple distracción que conculca el mandato para un diligente trabajo, según las exigencias propias para el ejercicio de la función encomendada, lo cual se soporta en el Código Disciplinario Único, en el numeral 1o. del artículo 34.

La violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento se presenta cuando en ciertas y específicas situaciones se establece el deber objetivo de cuidado especial y reglado, o el seguimiento de unas reglas especiales que constituyen un parámetro ineludible contemplado en una norma que impone ese deber para el cumplimiento de la función pública, inclusive para el ejercicio de la profesión. El maestro Alejandro Nieto, en su obra *El desgobierno de lo público*, plantea al respecto que, las reglas técnicas de la profesión son insoslayables hasta tal punto que, con independencia de las órdenes jerárquicas, un arquitecto jamás puede desconocer la ley de la gravedad ni el cirujano los protocolos médicos<sup>203</sup>.

---

202 Acosta González, M. (2014). El principio de la culpabilidad en el derecho disciplinario. Bogotá: Ed. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho, p. 21.

203 Nieto, El desgobierno de lo público. Op. cit., p. 281.



El cumplimiento de estas reglas de carácter obligatorio, en la legislación colombiana, se desprende del deber señalado en el artículo 34 numeral 3o. del Código Disciplinario Único.

### **3.5.2.2. CULPA GRAVE**

El compendio normativo disciplinario citado concibe en el párrafo del artículo 44, que una conducta con culpa grave se presenta cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones. Cuando la norma se refiere a cualquier persona del común se entiende que es un servidor público medio de la administración, que tiene una diligencia media. Es un concepto acuñado en el Código Civil colombiano, que tiene clara influencia del derecho francés.

### **3.5.2.3. CULPA LEVE**

De las anteriores, el pluricitado Código Disciplinario Único ha establecido que solamente son sancionables las faltas disciplinarias cometidas con culpa gravísima y con culpa grave. Se entiende que no haya reproche cuando la misma se realiza a título de culpa leve porque se estaría sancionando el menor descuido, lo cual generaría perder la perspectiva del principio de proporcionalidad respecto de la conducta que merece ser sancionable por el perjuicio al bien jurídico tutelado, como es el deber funcional.

Algunos operadores disciplinarios en Colombia al momento de hacer la calificación subjetiva de la conducta, acostumbran para el evento de la culpa traer al derecho disciplinario las acepciones de culpa del código civil, y cuando se trata del dolo utilizan el derecho penal, incurriendo en craso error, pues desconocen que esta rama del derecho tiene su dogmática y que la culpabilidad hace parte de su estructura sistemática, que la hace independiente y autónoma, con sus propias reglas y concepciones.

No sobra advertir que la ausencia de la calificación subjetiva en el debido proceso disciplinario, ya sea en el título —dolo o

culpa— o, en el caso de la culpa, del subtítulo, genera nulidad en la actuación procesal disciplinaria que se adelante, por clara violación al derecho de defensa

Y, por otra parte, que la culpabilidad, conforme a los análisis teóricos traídos, constituye en el derecho disciplinario un factor de límite frente a la sanción, pues según la clase de imputación subjetiva será la punibilidad.

En síntesis, no habrá lugar a falta disciplinaria si no se hace la calificación subjetiva o análisis de culpabilidad o imputación subjetiva, cuando se presente por parte del servidor público la infracción del deber, y por consiguiente no habrá reproche o sanción alguna.

#### **4. DEFENSA TÉCNICA Y MATERIAL**

El artículo 29 de la Constitución de Colombia reconoce el derecho fundamental al debido proceso, se reitera, aplicable a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, siendo uno de sus componentes esenciales el derecho de defensa, que en líneas generales “consiste en el poder de voluntad de controvertir las pretensiones, pruebas y argumentos de la contraparte o del Estado, según sea el caso, solicitar y allegar pruebas, formular e interponer recursos”, entre otras actuaciones.

En este marco, para controvertir la actividad acusatoria del Estado se prevé dos modalidades de defensa que no son excluyentes sino complementarias. De un lado, la defensa material, “que es la que lleva a cabo personalmente el propio imputado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades”. De otro, la defensa técnica, “que es la ejercida por un abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes”<sup>204</sup>.

---

204 Jauchen, E. M. (2005). Derechos del imputado. Buenos Aires: Editorial Rubinzal - Culzoni, pp. 154-155.

El derecho a la defensa se centra en la posibilidad de que una persona dentro de un proceso pueda ser oída, controvertir las pruebas existentes e interponer los recursos de ley. Por lo anterior, debe afirmarse que el derecho a la defensa es un derecho fundamental autónomo, no obstante estar ligado inexorablemente al debido proceso, a la libertad, la vida, entre otros<sup>205</sup>.

El derecho a la defensa constitucional y legal le está preservado al implicado, investigado o disciplinado desde los albores de una investigación hasta antes de que las decisiones parciales o finales causen su ejecutoria. El derecho a la defensa se puede hacer valer en cualquier etapa del proceso disciplinario, cuando se tenga conocimiento de que en su contra se está adelantando una investigación por presuntas faltas administrativas disciplinarias.

En función del derecho a la defensa, en Colombia el disciplinado tiene la opción de decidir entre dos formas para ejercerla, por una parte defenderse por su propia cuenta o acudir a los servicios de un abogado. El derecho a la defensa, como derecho fundamental constitucional, es un derecho que *prima facie* puede ser ejercido directamente por un procesado disciplinariamente. Es decir, que la llamada defensa técnica no es obligatoria, como sí sucede en el ámbito del derecho penal.

Así las cosas, el procesado puede hacer valer sus argumentos, razones, pruebas y recursos de manera directa dentro de la investigación disciplinaria; es decir, ejercer solamente la llamada defensa material, inclusive después del pliego de cargos y hasta la culminación del proceso respectivo.

Por otra parte, si el disciplinado no quiere hacer uso de su derecho a la defensa material, el artículo 17 del Código Disciplinario Único le permite designar un abogado de confianza para que este, de acuerdo con sus conocimientos especializados, proceda a plantear y desarrollar

---

<sup>205</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-994 de noviembre 29 de 2006. M. P. Jaime Araújo Rentería. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-994-06.htm>

su defensa. Lo que se constituye como la defensa técnica, en el entendido de los conocimientos especializados en los que se formó.

No obstante, en Colombia, la gran mayoría de procesos disciplinarios carecen de abogado, y los disciplinados ejercen —cuando realmente lo hacen— su propia defensa o dejan abandonados estos procesos administrativos.

Lo anterior se torna inadmisibile cuando esta especie del *ius puniendi*, al menos en Colombia, ha adquirido tal magnitud de coerción, que no todos los actos procesales ni todas las materias en discusión son asequibles a un lego en el derecho, es decir, a una persona sin los conocimientos técnico-jurídicos; por ello, sin mayor hesitación se puede afirmar que no obstante tenerse la facultad de ejercer la defensa directamente, las exigencias técnico-legales hacen nugatorio el ejercicio del derecho de manera directa.

Entonces, por el grado de complejidad al que ha llegado el derecho disciplinario se decanta que más que una facultad en cabeza del disciplinado, el Estado le debe garantizar este derecho fundamental, y por ello la derivación del derecho a la defensa, como es la posibilidad de que el procesado nombre un abogado que represente sus intereses, se debe constituir en una obligación en el derecho disciplinario colombiano.

Así, pues, la defensa técnica está ligada íntimamente al derecho del sindicado de ser asistido por un defensor o apoderado en defensa de sus intereses y no a las estrategias de la defensa, cuyo ejercicio goza de autonomía para evaluar la dinámica que debe dar a la misma, acorde a la situación jurídica del inculpado. La defensa técnica está revestida de cierta idoneidad, ya que la misma ley prevé las condiciones que debe reunir la persona del defensor, quien ha de tener formación jurídica, necesaria para asumir dicha función y cumplir con uno de los deberes que la misma ley le impone en el ejercicio de la abogacía.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-657 de 1996<sup>206</sup>, profundiza en la defensa técnica afirmando, que:

---

<sup>206</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-657 del 28 de noviembre de

Ante las contradicciones que pudieren presentarse, el concepto de defensa técnica, tan caro a los postulados constitucionales, quedaría desvirtuado si la actuación del profesional del derecho quedara supeditada al criterio de cualquiera otra persona, incluido el sindicato que, por carecer de una adecuada versación en materias jurídicas no esté en condiciones de procurar el correcto ejercicio de las prerrogativas consagradas en el artículo 29 superior y en diversas normas del estatuto procesal penal. La defensa técnica adquiere toda su dimensión cuando en aras de la vigencia de esas prerrogativas y garantías se le otorga el predominio a los criterios del abogado, sustentados en el conocimiento de las reglas y labores anejas al ejercicio de su profesión.

Haciendo abstracción de la clase de proceso que se examine, ya sea el administrativo sancionador o el penal, se requiere de la existencia de una igualdad, al menos potencial entre las partes, de forma que sus posiciones procesales se encuentren equilibradas. Se debe entender que cuando se hace referencia al proceso disciplinario o administrativo sancionatorio, ese equilibrio entre las partes es figurativo, porque en este el disciplinado se enfrenta solo al Estado.

La Corte Constitucional ha manifestado respecto a la defensa técnica en el derecho penal, lo siguiente:

[...] la exigencia de la defensa técnica como derecho fundamental ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y ello es comprensible pues la responsabilidad penal involucra la afección directa de derechos fundamentales —piénsese por ejemplo, en la privación de la libertad permitida para muchos delitos, ya como pena, ya como medida de aseguramiento—, circunstancia que conduce a que se intensifiquen al máximo las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio ante el ejercicio del

---

1996. M. P. Fabio Morón Díaz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-657-96.htm> [Última consulta en diciembre 2 de 2016]

poder más drástico de que es titular el Estado. De allí también porqué, aparte del derecho a la defensa técnica, muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo hayan sido configuradas directamente por el constituyente pues se alienta el propósito de limitar un poder que históricamente se ha prestado al desconocimiento de los atributos inherentes al ser humano<sup>207</sup>.

## 5. OTROS PRINCIPIOS

El debido proceso judicial y administrativo implica en su estructura el respeto por los otros principios enunciados inicialmente, entre los que se destaca el de la cosa juzgada y el *non bis in ídem*, en la medida en que constituyen las bases de la seguridad jurídica, y el límite al desbordamiento de las facultades del *ius puniendi* inherentes al Estado, que han sido reconocidos tanto en España como en Colombia, los cuales aquí se abordan más por estas razones, que porque sean de aquellos en los que se admita la flexibilización en el derecho disciplinario.

### 5.1. COSA JUZGADA

Instituto que tiene sus raíces en el derecho romano, y que en latín se conoce como la *Res iudicata pro veritate habetur*, que indica que la cosa juzgada se considera como verdad.

Se entiende como aquel principio que busca garantizar la seguridad jurídica, en tanto que otorga a las decisiones tomadas a través de una sentencia judicial, fallo administrativo y en algunas otras providencias, el carácter de **inmutables, vinculantes y definitivos**<sup>208</sup>.

207 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-131 de febrero 16 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-131-00.htm> [Última consulta en diciembre 3 de 2016]

208 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-774 de julio 25 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-774-01.htm> [Última consulta en octubre 5 de 2015]

Su planteamiento desde la dogmática, entonces, procura que, una vez resuelto un caso, la decisión tomada sea concluyente, y en consecuencia no se vuelva a juzgar por los mismos hechos, aquellos que tienen iguales circunstancias de tiempo, modo y lugar. Pero, también se desprende de su naturaleza otro aspecto jurídico trascendente, y es que las decisiones judiciales y administrativas sean aplicables a otros casos con todos los supuestos de hecho iguales.

De esta manera se garantiza un trato igualitario a la ciudadanía, en el entendido de generar certeza jurídica, que no se le sancionará dos veces por lo mismo, y que en el evento de encontrarse en la misma situación, recibirán similar sentencia o decisión.

### **5.1.1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS**

Para que se determine que en un proceso se presenta la cosa juzgada se requiere demostrar que exista:

- i. **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada;
- ii. **Identidad de causa petendi** (*eadem causa petendi*), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento;
- iii. **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada<sup>209</sup>.

En el contexto del control constitucional de las leyes a cargo de la Corte Constitucional en Colombia, la cosa juzgada propende, también, a la seguridad jurídica y al respeto de la confianza legítima, en la medida en que evita que se reabra el juicio de constitucionalidad de una norma ya examinada, y que una disposición declarada inconstitucional sea reintroducida en el ordenamiento jurídico.

---

209 Ídem.

Además, la Corte Constitucional ha diferenciado aquellos eventos en los que en apariencia una controversia constitucional es similar a otra ya analizada por el alto tribunal, pero que examinada más a fondo contiene diferencias desde alguna perspectiva, que hacen imposible hablar de la presencia de cosa juzgada en sentido estricto. Ejemplo de esos casos son los que la Corte Constitucional ha clasificado como de la cosa juzgada relativa y la cosa juzgada aparente, entre otras<sup>210</sup>.

El respeto por el principio de la cosa juzgada se constituye, a su vez, en una de las garantías para la materialización de otro principio de carácter fundamental de naturaleza o raigambre fundamental, como es el *non bis in ídem*, pero solamente en una de sus formas.

## **5.2. UN DERECHO DISCIPLINARIO FLEXIBILIZADO O CON PLENA GARANTÍA DEL *NON BIS IN ÍDEM***

El *non bis in ídem* es un término de origen latino que significa “no dos veces sobre lo mismo”, lo que es equivalente a la prohibición de doble castigo por lo mismo, considerado como principio, al igual que el de tipicidad, legalidad y culpabilidad, con características de naturaleza subjetiva y fundamental, propio del derecho sustantivo y de acepción procesal. Es un principio que guarda una estrecha relación con el principio de la cosa juzgada, y que se le atribuyen fundamentos en el principio de proporcionalidad e, igualmente, en el principio de la seguridad jurídica<sup>211</sup>.

---

210 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-220 de 29 de marzo de 2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljud. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-220-11.htm> [Última consulta en diciembre 2 de 2016]

211 Cano Campos, T. (2001). *Non bis in ídem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador. En *Revista de Administración Pública*. No. 156, septiembre - diciembre de 2001, pp. 191-249. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=154&IDA=24398> [Última consulta en diciembre 2 de 2016]



Este principio, desde su ámbito conceptual, tiene su origen en el derecho penal, cuyo objeto es impedir que una persona pueda ser sancionada de manera sucesiva, simultánea o reiterada por un hecho por el que está siendo investigada o procesada por otra autoridad judicial. Es de aquellos institutos penales del que se ha nutrido el derecho administrativo sancionador; en consecuencia, se entiende que su aplicación y exigencia se da también para conductas que infringen la disciplina deprecada para los servidores públicos, y que enardecen la facultad sancionadora del Estado.

Sobre el particular, Morón Urbina indica lo siguiente:

La incorporación de este principio sancionador presupone la existencia de dos ordenamientos sancionadores en el Estado que contienen una doble tipificación de conductas: el penal y el administrativo, y, además, admiten la posibilidad que dentro del mismo régimen administrativo exista doble incriminación de conductas. Precisamente este principio intenta resolver la concurrencia del ejercicio de poderes punitivos o sancionadores mediante la exclusión de la posibilidad de imponer sobre la base de los mismos hechos dos o más sanciones administrativas o una sanción administrativa y otra de orden penal<sup>212</sup>.

De acuerdo con lo anterior, el *non bis in ídem* garantiza la no acumulación de sanciones contra el individuo, porque de ser así, se estaría vulnerando el debido proceso, que es fundamental para la aplicación del derecho administrativo sancionador; sin embargo, frente a lo señalado por Morón Ospina, que el *non bis in ídem* abarca la exclusión de imponer por los mismos hechos una sanción administrativa y otra de orden penal, se debe sopesar que las legislaciones contemporáneas, como la colombiana, se alejan de este planteamiento, toda vez que, por el contrario, admiten que por los mismos hechos, un servidor público, cuando tal conducta constituya infracción disciplinaria y a su vez esté tipificada penalmente, sí pueda ser sancionado simultáneamente.

---

212 Morón Urbina, J. C. (2003). Comentarios Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, p. 522.

Desde la óptica del derecho administrativo sancionador español, necesariamente, se debe revisar en la doctrina al maestro Alejandro Nieto, quien al respecto señala que:

El Derecho Administrativo Sancionador —que todavía no sabe cómo abordar autónomamente este tipo de cuestiones— se aprovecha de la mayor experiencia del Derecho Penal y toma a préstamo unas técnicas jurídicas que en él se vienen utilizando desde hace siglos con probado éxito. Esto es cosa sabida puesto que ya se ha dicho antes repetidas veces. Sin embargo, no puede pasarse por alto que en el presente caso, tratándose de dos sanciones (una penal y otra administrativa) en unos supuestos quien se planteará y resolverá la cuestión será un juez penal (se supone que con técnicas penales) y en otros un juez contencioso administrativo —y antes una Administración Pública— y se supone que con técnicas de Derecho Administrativo Sancionador. ¿Cabe admitir, entonces, que tales técnicas sean asimétricas?<sup>213</sup>.

Las preocupaciones esbozadas por el maestro Nieto, en la práctica, la jurisprudencia, tanto colombiana como española, las ha ido decantando, para confluir al mismo punto: la técnica se desarrolla desde la perspectiva de cada una de estas especies del *ius puniendi*, pero la esencia del principio se mantiene incólume, conforme se observará en su puntual desarrollo, tanto en Colombia como en España.

### **5.2.1. REGULACIÓN EN COLOMBIA**

Antes de examinar la institución jurídica del *non bis in ídem* en los ordenamientos jurídicos materia de comparación, valga exponer su trascendencia en la legislación internacional, en la medida en que como elemento estructural del debido proceso, ha sido incorporado y reconocido en la normatividad internacional de los derechos humanos, verbigracia, en el Pacto Internacional de Derechos

---

<sup>213</sup> Nieto, Derecho administrativo sancionador. Op. cit. p. 429.

Civiles y Políticos o Pacto de San José, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por su parte, el primero de los enunciados, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo contempla, bajo la siguiente fórmula, en el artículo 14.7: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento de cada país”<sup>214</sup>.

Mientras tanto, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su Protocolo Adicional número 7, artículo 4.1, establece, que: “Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia en firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado”<sup>215</sup>. Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo contempla en el artículo 50, cuando a la sazón, dice: “Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito”<sup>216</sup>.

---

214 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Cuya **entrada en vigor fue el 23 de marzo de 1976**. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/PACTO%20INTERNACIONAL%20DE%20DERECHOS%20CIVILES%20Y%20POLITICOS.php> [Última consulta en diciembre 6 de 2016]

215 Convenio Europeo de Derechos Humanos. Protocolo Adicional Número 7, suscrito el 22 de noviembre de 1984. Aprobado y Ratificado en España mediante instrumento de Ratificación publicado en el BOE el 15 de octubre de 2009. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1984-Protocolo07-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm> [Última consulta en diciembre 6 de 2016]

216 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Aprobada por el Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000, modificada el 12 de diciembre de 2007 y el 1 de enero de 2009. Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Recuperado de <http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/search.html?word=CARTA++DE+LOS+DERECHOS+FUNDAMENTALES++DE+LA+UNION+EUROPEA> [Última consulta en diciembre 6 de 2016]

Descendiendo a los ordenamientos jurídicos comparados, se observa que en la Constitución de Colombia, bajo la influencia en este aspecto del derecho alemán, se estipula este principio fundamental de manera expresa; en tanto que en la española, es producto de la interpretación jurisprudencial, conforme reconocida posición del Tribunal Constitucional, que señala que se deriva del artículo 25.1 de la Carta Superior, es decir, no aparece taxativamente una fórmula identificable con el *non bis in ídem*, como sí se encuentra en otros ordenamientos jurídicos de esta naturaleza<sup>217</sup>.

En este orden de ideas, el principio *non bis in ídem* se encuentra estipulado en el inciso 4o. del artículo 29 de la Constitución Política colombiana, con una estructura similar a las reseñadas, sin ninguna variación, lo cual se corrobora sin mayor dubitación, al examinar la referida norma, cuando de manera literal establece que el sindicato, entre otros, tiene derecho a "... no ser juzgado dos veces por el mismo hecho"<sup>218</sup>.

Ahora bien, su consagración en el ordenamiento jurídico colombiano tiene sus raíces en la propia naturaleza y consecuencias de restricción o limitación de derechos por el *ius puniendi*. Valga advertir la absoluta claridad en cuanto a que el desconocimiento de la cosa juzgada da lugar a la vulneración de esta garantía, y es precisamente en virtud de las afectaciones a los derechos humanos que ello representa. De allí que la Corte Constitucional en Colombia haya establecido que los fundamentos de existencia del principio *non bis in ídem* son la seguridad jurídica y la justicia material, en el sentido que impide que los mismos hechos sean sometidos a nuevas valoraciones y decisión, como lo señaló en la sentencia T-537 de 2002, cuando sostuvo que:

Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite

---

217 Alarcón Sotomayor, L. (2008). La garantía *non bis in ídem* y el procedimiento administrativo sancionador. Madrid: Ed. Lustel Portal Derecho, p. 21.

218 Constitución Política de Colombia. Op. cit., Artículo 29.

la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión.

En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio *non bis in ídem* es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material<sup>219</sup>.

De otra parte, en la construcción de la dogmática de este novísimo derecho se ha forjado la corriente de autonomía e independencia que concibe en su naturaleza y por las conductas que son objeto de intervención disciplinaria, y sobre los mismos supuestos del artículo 29 constitucional, que contempla en un todo, que el debido proceso está dirigido a toda clase de actuación judicial o administrativa, que el principio *non bis in ídem* no se vulnera en punto a que por los mismos hechos se pueda imponer sanción disciplinaria y a su vez la penal, o que en una de las jurisdicciones se sancione y en la otra se absuelva por los mismos hechos, en el entendido de que son jurisdicciones distintas con normas de diferente naturaleza, pues por una parte las de carácter disciplinario son de contenido ético con una exigencia especial, mientras que en el derecho penal al examinar la conducta constitutiva también de un delito, se está confrontando la misma en relación con la afectación de diferentes bienes jurídicos tutelados, lo cual hace la diferencia con el derecho administrativo sancionador o derecho disciplinario.

Es de anotar que dicha corriente tiene sus raíces a inicios de este siglo con la expedición de la Ley 734 de 2002, porque con

---

219 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-537 de 15 de julio de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-537-02.htm> [Última consulta en diciembre 6 de 2016]

anterioridad, inclusive para la década de 1990, cuando se expide la Ley 200 de 1995, que como se señaló anteriormente, compila la normatividad disciplinaria, contenida en diferentes clases de instrumentos, desde el reglamento hasta la ley, para dar paso al primer código disciplinario único en Colombia, operaba el principio del *non bis in ídem* cuando se adelantaban acciones de carácter disciplinario y la penal por la misma conducta. Así se evidencia, en vigencia de la mencionada Ley 200 de 1995, en el párrafo del artículo 30, que contemplaba una de sus formas, cuando se trataba de imponer la sanción de inhabilidad, estableciendo que: “En aquellos casos en que la conducta haya originado sanción penal la inhabilidad procede siempre y cuando no hubiere sido impuesta en el respectivo proceso, igualmente como consecuencia de faltas graves o gravísimas”.

De la misma manera, se contemplaba la prejudicialidad del procedimiento disciplinario en relación con el penal; verbi gracia, en el régimen del personal docente de las instituciones oficiales de educación superior, universitarias y tecnológicas conforme al Decreto 2885 de 1980, se establecía en el artículo primero que no obstante la independencia de la acción disciplinaria para que esta no se suspendiera por el ejercicio de la acción penal, operaba la prejudicialidad<sup>220</sup>, como excepción a la regla.

Con la expedición de la Ley 734 de 2002, y los reiterados pronunciamientos en sede de la Corte Constitucional, se considera en todo sentido la independencia de la acción disciplinaria respecto de la penal, y la desaparición de la suspensión del procedimiento disciplinario mientras se tramita el penal —prejudicialidad—, en donde posiblemente se imponga una sanción por los mismos hechos, es decir que, la prejudicialidad fue abolida definitivamente del ordenamiento jurídico colombiano.

---

220 Decreto 2885 de octubre 28 de 1980, promulgado por el Presidente de la República, por el cual se reglamenta el procedimiento disciplinario de que trata el artículo 104 del Decreto Extraordinario 80 de 1980. Publicado en el Diario Oficial 35641 de noviembre 12 de 1980. Recuperado de: <http://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-103277.html> [última consulta en octubre 20 de 2016]

La Corte Constitucional en la sentencia T-413 de 1992, y en punto al Estatuto Disciplinario de los Abogados, dice:

El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, en relación con normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello, es posible, como sucedió en este caso, que el juez penal haya absuelto y, por su parte, el juez disciplinario haya condenado.

[...] no se da una violación al precepto citado —artículo 29 Constitución Nacional - principio NON BIS IN ÍDEM—, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto (...)<sup>221</sup>.

Siguiendo con su línea jurisprudencial, la Corte Constitucional, en sentencia proferida en mayo de 1996, remarcó que no se vulnera este principio cuando por los mismos hechos se adelanta una investigación disciplinaria y otra de tipo penal, que conlleven a la imposición de sanciones, en ambos ordenamientos, en el entendido de que a pesar de existir identidad de persona, no hay identidad de objeto ni de causa.

[...] Este principio, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.

---

221 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-413 del 5 de junio de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-413-92.htm> [Última consulta en diciembre 6 de 2016]

La identidad en la persona significa que el sujeto inculminado deber ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole. La identidad del objeto está constituida por el hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos.

Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona por los mismos hechos, no se puede afirmar que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege<sup>222</sup>.

En términos fundados en la dogmática del *ius puniendi*, el principio *non bis in ídem*, como parte de la estructura integral del debido proceso para su aplicación, y sin variación respecto a los desarrollos internacionales de esta figura jurídica, se tiene que en su regulación en Colombia se exige que concurren como condiciones para su aplicación, las siguientes:

i. Naturaleza punitiva de la actividad judicial o de la administración, lo cual indica que los procesos o actuaciones que se adelanten, conduzcan cada una de ellas a la imposición de una sanción.

ii. Ley 200 de julio 28 de 1995. Publicada en el Diario Oficial No. 41.946 de julio 31 de 1995. –Se constituyó en el primer Código Disciplinario Único, que fue derogado por la Ley 734 de 2002. En su Art. 29. Contenía las sanciones principales, así: “Los servidores públicos estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:

iii. Identidad de la actividad, en el sentido de que haya coincidencia en los aspectos subjetivo, objetivo y del bien jurídico. Es decir, se trate del mismo sujeto sobre el que recae la sanción, bajo las mismas circunstancias fácticas u objetivas

---

222 Corte Constitucional. Sentencia C-244 de mayo 30 de 1996. Op. cit.



y que la afectación identifique bienes propios protegidos de determinada jurisdicción: penal, disciplinaria o fiscal<sup>223</sup>.

De este modo, en Colombia, para la configuración de este principio, se ha concebido su alcance de manera precisa, inclusive la Corte Constitucional ha considerado que no existe vulneración de la prohibición que encierra el mismo, cuando en el Código Disciplinario Único o Ley 734 de 2002, contempla frente a la culpabilidad, como elemento subjetivo de la responsabilidad disciplinaria, que esta pueda ser valorada en dos oportunidades dentro del proceso disciplinario, como es al momento de determinar si se presenta la falta en relación con el elemento de la culpabilidad, por la exigibilidad del conocimiento de la ilicitud disciplinaria, y así evitar la responsabilidad objetiva, y en sede del fallo disciplinario, cuando el artículo 47 ídem establece el conocimiento de la ilicitud —culpabilidad—, entre los criterios para determinar el quantum de la sanción impuesta. Al respecto la Corte Constitucional señaló en evento similar:

En el presente caso, la doble valoración del elemento cognoscitivo del ilícito disciplinario que se realiza no lesiona el principio en comento, como quiera que no se está juzgando, stricto sensu, dos veces lo mismo, sino que un idéntico elemento de juicio se está tomando en consideración en dos oportunidades para efectos completamente distintos: en el caso de la culpabilidad, con el propósito de evitar que se incurra en un régimen de responsabilidad objetiva; por el contrario, en materia de punibilidad, el conocimiento de la ilicitud del comportamiento es un importante elemento de juicio que le sirve al funcionario que va a imponer una multa, o que debe determinar la duración de una suspensión o de una inhabilidad, la graduación de las mismas.<sup>224</sup>

---

223 Ramírez Torrado, M. y Álvarez, P. (2015). El principio non bis in ídem en el derecho disciplinario del abogado, en Colombia. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. ISSN 0717-2877, año 21, No. 1, pp. 345-376.

224 Corte Constitucional. Sentencia C-1076 de diciembre 5 de 2002: Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1076-02.htm> [Última consulta en diciembre 6 de 2016]

Frente al anterior aspecto en el que toma distancia el derecho español, en punto de ser más garantista, como se observará más adelante.

Respecto del poder de disciplina en el campo privado, este principio opera sin flexibilización alguna en lo referente al trabajador particular sujeto a la continuada subordinación del empleador. Huelga aclarar en este aspecto, que ha existido inconformidad sobre una norma del Código Sustantivo del Trabajo, por quienes señalan que cuando el empleador le puede imponer al trabajador disciplinado la sanción de multa fijada en el Reglamento Interno de Trabajo, y a la vez descontarle del salario el valor por la no prestación del servicio, en el evento de la falta constitutiva por retraso o su inasistencia al trabajo sin justificación “suficiente”, se está violando el principio del *non bis in ídem*.

Basta examinar el artículo 113 del ordenamiento sustantivo laboral, que consagra de manera expresa:

Artículo 113. Multas. Las multas que se prevean, sólo pueden causarse por retrasos o faltas al trabajo sin excusa suficiente; no puede exceder de la quinta (5a.) parte del salario de un (1) día, y su importe se consigna en cuenta especial para dedicarse exclusivamente a premios o regalos para los trabajadores del establecimiento.

[...]

2. El patrono —léase empleador— puede descontar las multas del valor de los salarios.

3. La imposición de una multa no impide que el patrono —léase empleador— prescinda del pago del salario correspondiente al tiempo dejado de trabajar.

Cuando la norma se refiere a que “no impide” que el empleador realice el descuento del salario del tiempo que no se prestó el servicio, en el evento de haberle impuesto coetáneamente la sanción

consistente en multa por ese mismo hecho, lo que el legislador hizo, más que inviabilizar el principio del *non bis in ídem* reconocido en otras ramas del derecho, fue advertir un axioma del derecho y es que la parte incumplida no puede exigirle el cumplimiento a la otra parte. En este evento, si el trabajador no prestó el servicio no tiene derecho a recibir la contraprestación pactada: el salario. Por lo tanto, es obvio que no se trata de otra sanción.

La norma precedente pasó el examen de constitucionalidad realizado por el cuerpo colegiado superior de control constitucional, mediante la Sentencia C-478 de 2007<sup>225</sup>, en la que se fijó el siguiente criterio:

En suma, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio de *non bis in ídem* es de aplicación restringida, en el entendido de que no prohíbe que una misma conducta sea castigada y valorada desde distintos ámbitos del derecho, esto es, como delito y al mismo tiempo como infracción disciplinaria o administrativa o de cualquier otra naturaleza sancionatoria.

[...]

Así las cosas, contrario a lo afirmado por el actor, no encuentra la Corte que el artículo 113 del C.S.T. viole el principio del *non bis in ídem*. Inicialmente, por cuanto una de las dos consecuencias jurídicas previstas en la norma, la de prescindir del pago del salario correspondiente al tiempo dejado de trabajar, no tiene carácter punitivo y, por tanto, no se está en presencia del doble enjuiciamiento, que es presupuesto básico para determinar un posible desconocimiento del precitado principio.

En síntesis, la legislación colombiana en sus ordenamientos jurídicos penal y disciplinario —administrativo sancionador—, contempla al interior de cada uno de ellos como uno de sus principios rectores el *non bis in ídem*. De la misma manera, la jurisprudencia

<sup>225</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-478 de junio 13 de 2007. Op. cit.

en Colombia ha sido profusa y pacífica en la materia, guardando la misma línea, hacia la consolidación de este principio en cada una de las jurisdicciones, sin que se considere que se transgrede, cuando por los mismos hechos se imponen a un sujeto sanciones tanto en el campo penal como en el disciplinario e incluso en el fiscal<sup>226</sup>.

En consecuencia, no se considera que haya vulneración del principio *non bis in ídem* en el ordenamiento jurídico disciplinario colombiano, cuando se adelantan por las mismas circunstancias fácticas la acción disciplinaria y la acción penal, al considerarlas independientes y de naturaleza diferente, inclusive en el evento de la doble valoración de la culpabilidad. Este criterio jurídico se ha fundamentado jurisprudencial y doctrinalmente bajo el ropaje de la admisión de la flexibilización del derecho disciplinario.

---

226 Corte Constitucional de Colombia, entre otras:

Sentencia T-520 de 10 de noviembre de 1993. M. P. Hernando Herrera Vergara. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-520-93.htm>

Sentencia C-214 del 28 de abril de 1994. Op. cit.

Sentencia C-092 de 26 de febrero de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-092-97.htm>

Sentencia T-971 de 9 de octubre de 2008. M. P. Clara Inés Vergara. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-971-08.htm>

Sentencia T-1110 de 28 de octubre de 2005. M. P. Humberto Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1110-05.htm>

Sentencia T-1216 de 24 de noviembre de 2005. M. P. Humberto Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1216-05.htm>

Sentencia C-664 de 29 de agosto de 2007. M. P. Humberto Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-664-07.htm>

Sentencia C-478 de junio 13 de 2007. Op. cit.

Sentencia C-011 de 20 de enero de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-011-10.htm> [Sentencias consultadas en diciembre 8 de 2016]

### 5.2.2. ESPAÑA: NON BIS IN ÍDEM O NE BIS IN ÍDEM

Las alocuciones latinas *non bis in ídem* y *ne bis in ídem* para algunos tratadistas son diferentes, sin embargo se han venido utilizando indistintamente. En estricto sentido, se puede establecer que el *ne bis in ídem* se ha definido como que nadie puede ser juzgado por el mismo hecho por el que ya haya sido juzgado; entre tanto, por el *non bis in ídem* se entiende que nadie puede ser juzgado doblemente por un delito<sup>227</sup>. Es decir, que para efectos del principio constitucional, se entiende en el fondo como el no juzgar dos veces por los mismos hechos.

Como se estableció previamente, en España no se encuentra de manera expresa, pero sí a nivel de interpretación jurisprudencial se ha forjado constitucionalmente, y es así como desde la sentencia STC 2/1981, de 30 de enero, la línea jurisprudencial<sup>228</sup>, se ha entendido al *non bis in ídem* no solo como un principio rector, sino que se le ha otorgado la raigambre de derecho fundamental, con la particularidad de que ha interpretado bajo este precedente, que el sustento angular está fincado en el artículo 25.1 constitucional, en el entendido de que se encuentra estrechamente vinculado al principio de legalidad punitiva, y a su vez a la tipicidad de las

227 Lizarraga Guerra, V. (2012). Fundamento del “ne bis in ídem” en la potestad sancionadora de la administración pública. En Artículos de derecho penal, publicados en convenio con la Universidad de Fribourg de Suiza. Lima: Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20120908\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120908_02.pdf)

228 Tribunal Constitucional de España, entre otras:  
 Sentencia STC 66/1986, de 23 de mayo. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/629>  
 Sentencia STC 154/90, de 15 de octubre. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1579>  
 Sentencia STC 204/1996, de 16 de diciembre. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3256>  
 Sentencia STC 221/1997, de 4 de diciembre. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3486>  
 Sentencia STC 2/2003, de 16 de enero. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4777> [Sentencias consultadas en diciembre 8 de 2016]

infracciones, convirtiendo al *non bis in ídem* material no solamente en un principio sino en un derecho fundamental del imputado tanto en el derecho penal como en el administrativo sancionador<sup>229</sup>.

En el derecho español, el Tribunal Constitucional ha mantenido también una línea jurisprudencial, en el sentido de establecer que así como se garantiza la prohibición del *non bis in ídem* en el evento de duplicidad de sanciones penales o administrativas, de la misma manera esta garantía del *non bis in ídem* en su vertiente procesal y material constituye uno de los criterios fundamentales a la hora de delimitar la concurrencia sancionadora existente entre los órdenes penal y administrativo sancionador<sup>230</sup>.

Sin embargo, en tratándose de la duplicidad de sanciones en el área penal y, de manera concreta, cuando se ventila la acción sancionadora administrativa por conductas disciplinarias, específicamente, se entra a morigerar este principio fundamental, como lo evidencian los expertos tratadistas españoles en la materia.

Frente a la posibilidad de sanciones a las que se puede ver sujeto un servidor público, el maestro Alejandro Nieto sostiene que puede ser “potencialmente castigado tanto si obedece como si no obedece y, para mayor gravedad, en una doble vía —la penal y la administrativa o disciplinaria— porque si no obedece incurre en una falta muy grave de desobediencia que puede llegar a ser delito”<sup>231</sup>. Es decir, que tratándose del derecho administrativo sancionador disciplinario, pareciera que no opera la prohibición de la sanción penal y disciplinaria al tiempo, por los mismos hechos.

No obstante, frente al respeto por esta garantía fundamental se observa una clara tendencia a su exigencia plena, dentro del mismo

---

229 Alarcón Sotomayor. Op. cit., p. 31.

230 Ramírez Barbosa, P. (2008). El principio del *non bis in ídem* como pilar fundamental del Estado de derecho. Aspectos esenciales de su configuración. En Revista Novum Jus. Vol. 2, No. 1, Bogotá: Ed. Universidad Católica de Colombia, pp. 101-124.

231 Nieto, El desgobierno de lo público. Op. cit. p. 283.

derecho administrativo sancionador, es decir, en la corrección simultánea por los mismos hechos, que den lugar a la acción administrativa de carácter disciplinario como a la acción penal. Así es que, en estos eventos, de cara al derecho administrativo sancionador, en términos generales, por una parte, no se puede sancionar disciplinariamente dos veces por la misma conducta, inclusive el Tribunal Supremo ha sido preciso en cuanto a la exclusión de graduar una mayor sanción al considerarse un mismo elemento del tipo como agravante, es decir, cuando la conducta en su estructura contempla directamente el elemento circunstancial que la agrava: “una misma circunstancia fáctica o normativa no puede integrar, a la vez un elemento constitutivo del tipo infraccional y una circunstancia de agravación”<sup>232</sup>.

La jurisprudencia española señalada no milita como única, pues en el mismo sentido, la sentencia STS de 18 de septiembre de 2001, en el caso de la embriaguez de un personal de la guardia civil, señala que la misma constituye una infracción al deber, y que la misma embriaguez no puede constituir un agravante, bajo el criterio de “la gravedad intrínseca de la infracción”. Lo cual no es más que la materialización del principio del *non bis in ídem* en el derecho administrativo disciplinario, dado que este se vulnera cuando un mismo elemento es determinante de la infracción constitutiva de falta disciplinaria, y a su vez constituye un elemento o criterio para graduar la sanción que se va a imponer al sujeto disciplinado.

A diferencia, retomando lo que se había enunciado anteriormente, en Colombia, en punto de la marcada flexibilización, sí se permite realizar esta doble valoración, como un elemento para la graduación de la sanción; por ejemplo, la conducta dolosa tiene legalmente una mayor sanción que la culposa, pero al momento de fijar la clase de sanción que admite graduación, verbigracia, el término de la inhabilidad o de

---

232 Tribunal Supremo Español. STS 2457/1998, de 17 de abril. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3153850&links=sanci%C3%B3n&optimize=20030912&publicinterface=true> [Última consulta en diciembre 8 de 2016]

una suspensión, la intensidad del dolo permite graduar la sanción en un extremo mayor.

Por otra parte, resulta trascendental para una mayor claridad teórica de la figura del *non bis in ídem* examinar su regulación en España, en punto de la prejudicialidad admitida en el derecho administrativo sancionador en general, y en cuanto a su especie, de carácter disciplinario, en el cual varía la teoría, ambos confrontados con el derecho penal. Determinar si en el evento que se presenten situaciones fácticas que den lugar, tanto a la investigación administrativa como a una de índole penal, el procedimiento administrativo se suspende, mientras se decide la potestad sancionadora a través del proceso penal.

En reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, se colige que se continúa con la línea de la plena aplicación del ordenamiento legal en punto de la prejudicialidad, cuando una conducta constituye coetáneamente una infracción de tipo administrativo y penal, en el sentido de suspender aquella actuación, claro está, en tratándose del derecho administrativo sancionador en términos generales<sup>233</sup>, con la admisión de manera excepcional, en tratándose del administrativo derivado de la conducta constitutiva de falta disciplinaria:

Presupuesto insoslayable para que se desplieguen dichos efectos, esto es la paralización y suspensión del procedimiento tributario, que conlleva la interrupción de la prescripción no sólo para sancionar, sino también para liquidar, es que concurra la necesaria identidad de sujeto, hecho y fundamento —sin perjuicio de su resultado último— y la conducta pudiera ser delictiva. Desde la perspectiva procesal del principio *non bis in ídem*, no cabe separar el aspecto formal del material, esto es, se paraliza el procedimiento administrativo y se sigue sólo el procedimiento penal en tanto que la conducta del obligado tributario pudiera ser constitutiva de delito, puesto

---

233 Tribunal Supremo. STS 660/2017, de febrero 28. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7950789&links=&optimize=20170306&publicinterface=true> [Última consulta en mayo 22 de 2017]



que de no poder ser constitutiva de delito ni cabe remisión alguna y, en su caso, de hacerse la remisión carece de virtualidad alguna para que se produzcan los efectos que se prevén normativamente, como es, claro está, la interrupción de la prescripción. Así lo ha entendido este Tribunal como se desprende de los términos de la Sentencia de 30 de octubre de 2014, rec. cas. 740/2013, cuando se dijo que “Pues bien, basta una somera lectura de los preceptos indicados para comprobar que la Administración no sólo actuó correctamente, sino que no se encontraba habilitada para paralizar el procedimiento administrativo respecto al ejercicio 2000. En efecto, cuando la Administración Tributaria considere que la conducta del obligado tributario pudiera ser constitutiva de un delito contra la Hacienda Pública previsto en el artículo 305 del Código Penal, se debe abstener de seguir el procedimiento administrativo, que ha de quedar suspendido hasta que resuelva la Autoridad Penal”.

En similar planteamiento en sentencia de marzo 31 de 2017, el Tribunal Supremo<sup>234</sup> reitera la prejudicialidad en este campo, al resolver sobre una infracción administrativa, dado que la conducta tipificada no era la misma, pero más que se tratara en su naturaleza de conductas diversas, lo importante de la jurisprudencia es el reconocimiento de la prejudicialidad, cuando hay un proceso penal:

Por tanto, la sanción impuesta al recurrente responde a distinta conducta tipificada por el legislador como infracción administrativa diferenciada del tipo penal del blanqueo de capitales, precisamente con la finalidad de coadyuvar en la prevención de tales actuaciones delictivas. Es por ello que no existe infracción del principio *ne bis in ídem* ni, en consecuencia, era obligada la suspensión del procedimiento administrativo sancionador por cuestión prejudicial penal lo que, a su vez, conlleva la desestimación de las alegaciones sobre nulidad de pleno derecho de tal procedimiento.

---

234 Tribunal Supremo. STS 1258/2017, de marzo 31. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&data basematch=TS&reference=7988575&links=&optimize=20170411&publicinter face=true> [Última consulta en mayo 22 de 2017]

Lo anterior, claramente no admite dificultad, y lleva a precisar que, sin embargo, cuando se trata del derecho administrativo sancionador por faltas disciplinarias, en el régimen español, partiendo de la teoría de la naturaleza diferente de las conductas, que llevan a la sanción penal y a la disciplinaria, se permiten las dos sanciones al tiempo, simultáneas o coetáneas originadas en los mismos hechos. Es decir, que no hay prejudicialidad, y los procedimientos se pueden adelantar independientemente de las sanciones que se impongan. Lo que hace parte de la flexibilización del derecho administrativo sancionador admisible en el régimen español, en lo cual guarda similitud de criterio jurídico con el colombiano.

Finalmente, en armonía con el respeto a los derechos fundamentales, y precisamente por el impulso que ha tomado el derecho disciplinario, en esta investigación se comparte que el *non bis in ídem* es una garantía fundamental, respecto de la cual no debe haber flexibilidad, en aras de la seguridad jurídica, por ejemplo cuando se trata de la doble valoración de un aspecto de la conducta, tanto como elemento componente de la falta disciplinaria y como criterio para graduar la sanción, tal y como se garantiza en el derecho penal, conforme al análisis comparado al que se ha llegado.